رَوضَةُ الطّالِبِين

وَعُمدَةُ المفتِين

للإمامِ النّووي

الجزء الثاني عشر

إشراف

زهير الشاويش

المكتب الإسلامي

حقوق الطبع محفوظة للمكتب الإسلامي
لصاحبه
زهير الشاويش

الطبعة الثالثة
١٤١٢هـ / ١٩٩١م

المكتب الإسلامي
بيروت : ص.ب : ١١/٣٧٧١ - برقياً : اسلاميا - تلكس : ٤٠٥٠١ - هاتف : ٤٥٠٦٣٨
دمشق : ص.ب : ١٣٠٧٩ - هاتف : ١١١٦٣٧
عمان : ص.ب : ١٨٢٠٦٥ - هاتف : ٦٥٦٦٠٥ - فاكس : ٧٤٨٥٧٤

كتاب الدعوى والبينات

فيه سبعة أبواب ، لأن الدعوى تدور على خمسة أشياء : الدعوى وجوابها ، واليمين ، والبينة والنكول ، فهذه خمسة . والسادس في مسائل تتعلق بهذه الأصول ، والسابع في دعوى النسب ، وإلحاق القائف .

الأول في الدعوى ، وفيه مسائل :

إحداها في أن المستحق متى يحتاج إلى المرافعة والدعوى . كالحق إذا كان عقوبة كالقصاص ، وحد القذف ، اشترط رفعه إلى القاضي . لعظم خطره ، وإن كان مالاً ، فهو عين ، أو دين ، فإن كان عيناً . فإن قدر على استردادها من غير تحريك فتنة ، أشغل به ، وإلا فلا بد من الرفع . وأما الدين ، فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء طالبه ليؤدي ، وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله ، لأن الخيار في تعيين المال المدفوع إلى من عليه ، فإن خالف ، وأخذ شيئاً من ماله ، لزمه رده ، فإن تلف عنده ، وجب ضمانه ، فإن اتفقا ، جاء خلاف التقاص . وإن لم يكن كذلك ، فإما أن يمكن تحصيل منه بالقاضي ، وإما أن لايمكن ، فإن لم يمكن بأن كان منكراً ، ولا بينة لصاحب الحق ، فله أن يأخذ جنس حقه من ماله إن ظفر به ، ولا يأخذ غير الجنس مع ظفره بالجنس . وفي « التهذيب » وجه أنه يجوز وهو ضعيف . فإن لم يجد إلا غير الجنس ، جاز الأخذ على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : قولان ، وإن أمكن تحصيل الحق بالقاضي بأن كان مقراً مماطلاً ، أو منكراً عليه وله بينة ، أو كان يرجو إقراره لو

حضر عند القاضي ، وعرض عليه اليمين ، فهل يستقل بالأخذ أم يجب الرفع إلى القاضي ؟ وجهان ، أصحهما جواز الاستقلال ، قاله أبو إسحاق ، وابن أبي هريرة . وصححه القاضيان أبو الطيب ، والروياني، للحديث الصحيح في قصة هند[١] ، ولأن في المرافعة مشقة ومؤنة ، وتضييع زمان . ومتى جاز للمستحق الأخذ ، فلم يصل إلى المال إلا بكسر الباب ، ونقب الجدار ، جاز له ذلك ، ولا يضمن مافوته ، كمن لم يقدر على دفع الصائل إلا بإتلاف ماله ، فأتلفه لايضمن ، وقيل : يضمن وهو شاذ ، ثم إن كان المأخوذ من جنس الحق ، فله تملكه ، وإن كان من غير جنسه ، لم يكن له التملك ، وقيل : يتملك قدر حقه ، ويستقل بالمعاوضة للضرورة ، كما يستقل بالتعيين عند أخذه الجنس ، والصحيح الأول ، ثم هل يرفعه إلى القاضي ليبيعه ، أم يستقل ببيعه ؟ وجهان ، ويقال : قولان ، أصحهما عند الجمهور الاستقلال ، هذا إن كان القاضي جاهلاً بالحال ، ولا بينة للآخذ ، فإن كان القاضي عالماً ، فالمذهب أنه لايبيعه إلا بإذنه ، فإن أوجبنا الرفع إلى القاضي ، فهل للقاضي أن يأذن له في بيعه ، أو يفوضه إلى غيره ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، وفي طريقة عند الرفع وجهان ، أحدهما : يبيعه القاضي بعد إقامة البينة على استحقاق المال ، وهذا يبطل فائدة تجويز البيع عند العجز عن البينة . والثاني : يواطىء رجلاً يقر له بالحق ،

(١) وهو ماروته عائشة قالت : دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت : يارسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لايعطيني من النفقة مايكفيني ويكفي بني إلا ما أخذتُ من ماله بغير علمه ، فهل علي في ذلك من جُناح ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « خذي من ماله بالمعروف مايكفيك ويكفي بنيك» أخرجه البخاري ، ومسلم .

ويمتنع من الأداء ، ويقر له الأخذ بالمال حتى يبيعه القاضي . وهـذا إرشاد إلى الكذب من الطرفين ، ويضعف وجوب الرفع . ثم عنـد البيع إن كان الحق من جنس نقد البلد . بيع المأخوذ به ، وإن لم يكن بأن ظفر بثوب والدين حنطة ، بيع الثوب بنقد البلد ، ثم يشتري بـه حنطة . وحكى الإمام عن محققي الأصحاب أنه يجوز أن يشتري غير الحنطة بالثوب ، ولا يوسط النقد بينهما . وهل يكون المأخوذ مضموناً على الآخذ حتى لو تلف قبل البيع ، أو التملك يتلف من ضمانه أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم وهو الذي ذكره الصيدلاني والإمام ،والغزالي. لأنه أخذه لغرضه ، كالمستام بل أولى ، لأن المالك لم يسلطه ، فعلى هذا ينبغي أن[1] نبادر إلى البيع بحسب الإمكان ، فإن قصر ، فنقصت قيمته ، ضمن النقصان ، ولو انخفضت القيمة ، وارتفعت ، وتلف ، فهي مضمونة عليه بالأكثر ، ولو اتفق رد العين ، لم يضمن نقص القيمة كالغاصب ، ولو باعه ، وتملك ثمنه ، ثم قضى المستحق دينه ، ففيما علق عن الإمام أنه يجب أن يرد إليه قيمة المأخوذ ، كما إذا ظفر المالك بغير جنس المغصوب من مال الغاصب ، فأخذه ، وباعه ، ثم رد الغاصب المغصوب ، فإن على المالك أن يرد قيمة ما أخذه وباعـه ، وينبغي أن لا يرد شيئاً ، ولا يعطي شيئاً .

فرع

ليس له الانتفاع بالعين المأخوذة ، فإن انتفع ، لزمه أجرة المثل .

فرع

لا يأخذ أكثر من حقه إذا أمكنه الاقتصار عليه ، فإن زاد ، فالزيادة مضمونة عليه ، فإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بمتاع يزيد قيمته على

---

(١) في الأصل : إنا .

قدر حقه ، فإن قلنا : لو كان المأخوذ قدر حقه لايكون مضموناً ، فكذا الزيادة ، وإن قلنا : يكون مضموناً لم يضمن الزيادة على الأصح ، ثم إذا كان المأخوذ أكثر من حقه ، فإن كان مما يتجزأ باع منه قدر حقه ، وسعى في رد الباقي إليه بهبة ونحوها ، وإن كان لايتجزأ ، فإن قدر على بيع البعض بما هو حقه ، باعه وسعى في رد الباقي إليه ، وإن لم يقدر باع الجميع ، وأخذ من ثمنه قدر حقه ، وحفظ الباقي إلى أن يرده .

فرع

حقه دراهم صحاح ، فظفر بمكسرة، فله أخذها ، وتملكها بحقه ، ولو استحق مكسرة ، فظفر بصحاح ، فالمذهب جواز الأخذ ، لاتحاد الجنس ، وقيل : فيه الخلاف في اختلاف الجنس ، لاختلاف الغرض ، وإذا أخذها ، فليس له تملكها ، ولا يشتري بها مكسرة لامتفاضلاً ، لما فيه من الربا ، ولا متساوياً ، لأنه يجحف بالمأخوذ منه ، لكن يبيع صحاح الدراهم بدنانير ، ويشتري بها دراهم مكسرة ويتملكها .

فرع

شخصان ثبت لكل واحد منهما على صاحبه مثل ماله عليه ، ففي حصول التقاص أقوال مشهورة في كتاب الكتابة ، فإن قلنا : لايحصل التقاص ، فجحد أحدهما الآخر ، فهل للآخر جحده ، ليحصل التقاص للضرورة ؟ وجهان ، أصحهما : نعم .

فرع

كما يجوز الأخذ من مال الغريم الجاحد ، أو المماطل يجوز الأخذ من مال غريم الغريم ، بأن يكون لزيد على عمرو دين ، ولعمرو على

بكر مثله . يجوز لزيد أن يأخذ مال بكر بماله على عمر . ولا يمنع من ذلك رد عمرو . وإقرار بكر ولا جحود بكر استحقاق زيد على عمرو .

فرع

جحد دينه ، وله عليه صك بدين آخر قد قبضه . وشهود الصك لا يعلمون القبض . قال القاضي أبو سعد : له أن يدعي ذلك ، ويقيم البينة ، ويقبضه بدينه الآخر ، وفي فتاوى القفال أنه ليس له ذلك .

قلت : الصحيح قول أبي سعد ولو حدثت من المأخوذ زيادة قبل تملكه حيث جوز أو قبل بيعه ، فهي على ملك المأخوذ منه والله أعلم

المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه ، ويحتاج إلى معرفته . لأن البينة على المدعي ، واليمين على المدعى عليه . لقوة جانبه . وفيه قولان مستنبطان من اختلاف قول الشافعي رحمة الله عليه في مسألة إسلام الزوجين التي سنذكرها الآن إن شاء الله تعالى ، أظهرهما عند الجمهور أن المدعي من يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر ، والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ، والثاني : المدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء ، والمدعى عليه من لايخلى ولا يكفيه السكوت ، فإذا ادعى زيد ديناً في ذمة عمرو ، أو عيناً في يده ، فأنكر ، فزيد هو الذي لو سكت ترك ، وهو الذي يذكر خلاف الظاهر ، لأن الظاهر براءة ذمة عمرو ، وفراغ يده من حق غيره ، وعمرو هو الذي لا يترك ، ويوافق قوله الظاهر ، فزيد مدع بمقتضى القولين وعمرو مدعى عليه ، ولا يختلف موجبهما غالباً ، وقد يختلف كما إذا أسلم زوجان قبل الدخول ، فقال الزوج : أسلمنا معاً ، فالنكاح باق ، وقالت : بل على التعاقب ولا نكاح، فإن قلنا : المدعي من لو سكت ترك ، فالمرأة مدعية وهو مدعى عليه ،

لأنه لا يترك لو سكت ، لأنها تزعم انفساخ النكاح ، فيحلف ، ويستمر النكاح ، وإن قلنا بالأظهر ، فالزوج مدع ، لأن مايزعمه خلاف الظاهر، وهي مدعى عليها ، فتحلف ، ويرتفع النكاح . ولو قال الزوج : أسلمت قبلي . فلي النكاح ولا مهر ، وقالت : بل أسلمنا معاً ، وهما بحالهما ، فقوله في الفراق يلزمه ، وأما المهر ، فالقول قوله على الأظهر ، وعلى الثاني قولها ، لأنها لا تترك بالسكوت ، لأن الزوج يزعم سقوط المهر ، فإذا سكتت ولا بينة ، جعلت ناكلة ، وحلف وسقط المهر . قال الأصحاب: والأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم مدعون ، لأنهم يزعمون الرد الذي هو خلاف الظاهر ، لكن اكتفي منهم باليمين ، لأنهم أثبتوا أيديهم، لغرض المالك . وقد ائتمنهم ، فلا يحسن تكليفهم بنية الرد ، وأما على القول الثاني . فهم مدعى عليهم ، لأن المالك هو الذي لو سكت ترك . قال الروياني وغيره : وقد يكون الشخص مدعياً ومدعى عليه في المنازعة الواحدة . كما في صورة التحالف . هذا كلام الأصحاب وبالله التوفيق.

فصل

في حد الدعوى الصحيحة ، وشرطها أن تكون معلومة ملزمة . الأول العلم بالمدعى به ، فإن كان نقداً ، اشترط ذكر جنسه ونوعه وقدره ، قال بن الصباغ : وإن اختلف الصحاح والمكسرة بين أنها صحاح أو مكسرة . ومطلق الدينار ينصرف إلى الدينار الشرعي . ولا حاجة إلى بيان وزنه . وإن كان غير نقد . نظر إن كان عيناً وهي مما تضبط بالصفة ، كالحبوب والحيوان والثياب ، وصفها بصفات السلم . ولا يشترط ذكر القيمة في الأصح ، وإن كانت تالفة ، كفى الضبط بالصفات إن كانت مثلية ، ولا يشترط ذكر القيمة ، وإن كانت متقومة، اشترط ذكر القيمة ، لأنها الواجب عند التلف . وإن ادعى سيفاً محلى ، اشترط ذكر قيمته . ويقومه بالذهب إن كان محلىً بالفضة ، وبالفضة

إن كان محلىً بالذهب ، فإن كان محلىً بهما ، قومه بأحدهما للضرورة، وفي الدراهم والدنانير المغشوشة يدعي مائة درهم من نقد كذا قيمتها كذا ديناراً ، أو ديناراً من نقد كذا قيمته كذا درهماً ، هكـذا ذكره الشيخ أبو حامد وغيره ، وكأنه جواب على أن المغشوش متقوم ، فإن جعلناه مثلياً ، فينبغي أن لايشترط التعرض للقيمة ، وفي العقار يتعرض للناحية والبلدة ، والمحلة والسكة ، وتبين الحدود ، ويستثنى من اشتراط العلم صوراً ، إحداها : إنما يعتبر إذا طلب معيناً ، فأما من حضر ليعين ، ويفرض له القاضي ، كالمفوضة تطلب الفرض على قولنا : لا يجب المهر بالعقد[1] ، والواهب يطلب الثواب ، فلا يتصور الإعلام .

الثانية : قال : أدعي أن مورثك أوصى لي بثوب ، أو بشيء تسمع الدعوى ، لأن الوصية تحتمل الجهالة ، فكذا دعواها ، وألحق ملحقون دعوى الإقرار بالمجهول بدعوى الوصية ، ومنهم من ينازع كلامه فيه ، ويصح دعوى الإبراء عن المجهول إن صححنا الإبراء عن المجهول .

الثالثة : ادعى أن له طريقاً في ملك غيره ، وادعى حق إجراء الماء، قال القاضي أبو سعيد : الأصح أنه لا يحتاج إلى إعلام قدر الطريق والمجرى ، ويكفي لصحة الدعوى تحديد الأرض التي يدعي فيها الطريق والمجرى ، وكذا لاتصح الشهادة المرتبة عليها ، وقال أبو علي الثقفي : يشترط إعلام قدر الطريق والمجرى ، قال : وكذا لو باع بيتاً من دار ، وسمى له طريقاً ، ولم يبين قدره لايصح ، قال القاضي : وعندي أنه لايشترط هذا الإعلام في الدعوى ، لكن يؤخذ على الشهود إعلام الطريق والمسيل بالذرعان ، لأن الشهادة أعلى شأناً ، فإنها تستقل بقوة

---

(١) في الأصل : بالعاقد .

إيجاب الحكم بخلاف الدعوى ، ولو أحضر المدعي ورقة ، وحرر فيها دعواه ، وقال : أدعي ما فيها ، وأدعي ثوبـاً بالصفات المكتوبة فيها ، ففي الاكتفاء به لصحة الدعوى وجهان .

الشرط الثاني : كونها ملزمة ، فلو قال : وهب لي كذا أو باع ، لم تسمع دعواه حتى يقول : ويلزمه التسليم إلي ، لأنه قد يهب ويبيع ، وينقضها قبل القبض هكذا نقله الروياني[1] والغزالي وغيرهما ،ويقرب منه ما ذكره القاضي أبو سعد أنه يقول في دعوى الدين : لي في ذمته كذا ، وهو ممتنع من الأداء الواجب عليه ، قال : وإنما يتعرض لوجوب الأداء ، لأن الدين المؤجل لا يجب أداؤه في الحال ، وكان هذا إذا قصد بالدعوى تحصيل المدعى ، ويجوز أن يكون المقصود بالدعوى دفـع المنازعة ، ولا يشترط التعرض لوجوب التسليم . قال ابن الصباغ : لو قال هذه الدار لي وهو يمنعنيها ، صحت الدعوى ، ولا يشترط أن يقول : هي في يده ، لأنه يجوز أن ينازعه ، وإن لم تكن في يده ، وإذا ادعى ولم يقل للقاضي : مره بالخروج عن حقي ، أو سله جواب دعواي، فهل يطالبه القاضي ؟ وجهان ، قال ابن الصباغ : الأصح نعم ، للعلم بأنه الغرض من الحضور ، وإنشاء الدعوى ، قال القاضي أبوسعد : الأصح لا ، لأنه حقه ، فلا يستوفى إلا باقتراحه كاليمين .

قلت : الأول أقوى . والله أعلم

فعلى هذا الثاني طلب الجواب شرط آخر في صحـة الدعوى ، وسواء شرطنا هذا الاقتراح ، أم لم نشرطه ، فاقترحـه ، فيمكن أن

---

(١) وعلى هامش الأصل : الفوراني ، وهو كذلك في إحـدى نسخ الظاهريـة .

يقال : يغني ذلك عن قوله : ويلزمه التسليم إلي ، وأن من شرطه بناءعلى أنه لا يشترط الاقتراح المذكور •

فرع

لايشترط لصحة الدعوى أن يعرف بينهما مخالطة أو معاملة ، ولا فرق فيه بين طبقات الناس ، فتصح دعوى دنيء على شريف ، وقال الاصطخري : إن شهدت قرائن الحال بكذب المدعي ، لم يلتفت إلى دعواه ، مثل أن يدعي الدنيء استئجار الأمير ، أو الفقيه ، لعلف الدواب ، أو كنس بيته ، ومثله دعوى المعروف بالتعنت ، وجر ذوي الأقدار إلى القضاة ، وتحليفهم ليفتدوا منه بشيء •

فرع

ادعى عليه مالاً ، وقام ، وأقام شاهدين ، شهدا على إقراره بشيء ، أو قالا : نعلم أن له عليه مالاً ، ولا نعلم قدره ، ففي سماع شهادتهما هكذا وجهان ، حكاهما البغوي وغيره ، أحدهما : نعم ، ويرجع في التفسير إلى المشهود عليه ، كما لو أقر بمبهم ، وأصحهما : لا ، ويجريان فيما لو شهدا بغصب عبد ، أو ثوب ، ولم يصفاه •

فرع

عن فتاوى القفال : ادعى دراهم مجهولة لا يسمع القاضي دعواه ، ويقول له : بين الأقل الذي تتحققه ، وإن ادعى ثوباً ولم يصفه أيضاً(١) ، لم يصغ إليه ، بل لو قال : هو كرباس(٢) ، ولم يصف ، أمره أن يأخذ

---

(١) وعلى هامش الأصل : اصلاً ، وهي كذلك في إحدى نسخ الظاهرية .

(٢) الكرباس ، بكسر الكاف : الثوب الخشن فارسي معرب والجمع كرابيس ، وينسب إليه بائعه ، فيقال : كرابيسي وعرف بهذه النسبة جماعة ، منهم ابو علي الحسين بن علي الكرابيسي البغدادي صاحب الشافعي وأشهرهم بانتياب مجلسه ، وأحفظهم لمذهبه توفي (٢٤٨) هـ.

بالأقل ، وهذا فيه إرشاد وتلقين ، ثم الأخذ بالأقل في قدر الدراهم مستقيم ، لكن الأخذ بالأقل من صفة ثوب عينه لاوجه له •

المسألة الثالثة : إذا قامت بينة على المدعى عليه ، فطلب من القاضي تحليف المدعي على استحقاق ما ادعاه ، لم يجبه ، لأنه تكليف حجة بعد قيام حجة ، ولأنه كطعن في الشهود ، وإن ادعى إبراء أو قضاء في الدين، أو بيعاً ، أو هبة وإقباضاً في العين ، نظر إن ادعى حدوث شيء من ذلك بعد قيام البينة ، حلف المدعي على نفي ما يقوله إن مضى زمان إمكانه، وإلا فلا يلتفت إلى قوله ، وإن ادعى أنه جرى قبل شهادة الشهود ، فإن لم يحكم القاضي بعد ، حلف المدعي على نفيه ، وإن حكم ، لم يحلفه على الأصح ، ولو قال المدعى عليه : الشهود فسقة ، أو كذبة ، والمدعي يعلم ذلك ، فهل له تحليفه على أنه لايعلم ؟ وجهان، وطردا في كل صورة ادعى ما لو أقر به الخصم لنفعه[1] ولكن لم يكن المدعى عين حق له ، بأن قال المدعى عليه : إنك أقررت لي بكذا ، أو قال وقد توجهت عليه الدعوى : إن المدعي حلفني مرة، وأراد تحليفه ، أو قذفه، فطلب الحد، فادعى زنى المقذوف ، وأراد تحليفه ، ويشبه أن يكون الأصح أن له التحليف ، ويؤيده ما سبق من قول الأصحاب : إن دعوى الإقرار بالمجهول صحيحة ، وإن جواب الأكثرين في مسألة القذف التحليف • وإن كان المقذوف ميتاً ، وأراد القاذف تحليف الوارث أنه لايعلم زنى مورثه ، حلف ، وهذه الصورة محكية عن النص ، لكن ذكر البغوي أن الأصح أنه لايحلفه إذا ادعى فسق الشهود ، أو كذبهم ، وأماتحليف القاضي والشهود ، فلا يجوز قطعاً ، لارتفاع منصبيهما •

المسألة الرابعة : قامت بينة على المدعى عليه ، وادعى أن المدعي

---

(١) في الأصل : لنفقه .

باعه العين المدعاة ، أو باعها لبائعه ، أو ادعى أنه أبرأه من الدين المدعى، فأنكر ، فلا يخفى أن القول قول المدعي ، وأن المدعى عليه مدع فيما ذكره يحتاج إلى بينة ، فإن استمهل ليأتي بها أمهل ثلاثة أيام على الصحيح ، وقيل : يوم فقط . ولو ادعى الإبراء ولم يأت ببينة ، وقال: حلفوه أنه لم يبرئني ، حلفناه ، ولا يكلف توفية الدين أولاً ، وعن القاضي وجه أنه يستوفى منه الدين أولاً ، ثم إن شاء حلفه ، لأنها دعوى جديدة ، والصحيح الأول ، وليس كما لو قال لوكيل المدعي : أبرأني موكلك حيث يستوفى الحق منه ، ولا يؤخر إلى حضور الموكل وحلفه ، لعظم الضرر في التأخير وهنا الحلف متيسر في الحال . ولو قال : إنه أبرأني من هذه الدعوى ، فهل يحلف المدعي أنه لم يبرئه ؟ وجهان اختار القفال ، والغزالي المنع ، وادعى الروياني أن المذهب التحليف ، لأنه لو أقر أنه لا دعوى له عليه ، برىء .

فرع

مدعي الدفع إن قال : قضيت أو أبرأني[1] فذاك ، وإن أطلق ، وقال : لي بينة دافعة واستفسر ، لأنه قد يتوهم ما ليس بدافع دافعاً إلا أن يعرف معرفته ، وإن عين جهة ، ولم يأت ببينة عليها ، وادعى عند انقضاء مدة المهلة بلا جهة أخرى ، واستمهل ، فينبغي أن لا يجاب ، وإن ادعى في المدة جهة أخرى وجب أن تسمع .

الخامسة : الدعوى أنواع ، منها دعوى الدم ، ويشترط تفصيلها كما سبق في القسامة ، وأما دعوى النكاح والبيع ، وسائر العقود ، فقال الشافعي رحمه الله : لو ادعى أنه نكح امرأة ، لم يقبل منه حتى

---

(١) في الأصل : وأبراني .

يقول : نكحتها بولي وشاهدي عدل ، فمن الأصحاب من اكتفى في دعوى النكاح بالإطلاق ، ولم يشترط التعرض لهذا التفصيل ، كما يكتفى في دعوى استحقاق المال بالإطلاق ، وحملوا النص على الاستحباب والتأكيد ، وقال أبو علي الطبري : إن ادعى ابتداء النكاح، وجب التفصيل ، وإن ادعى دوامه ، فلا ، لأن الشروط لاتعتبر في الدوام، وأخذ عامة الأصحاب بظاهر النص ، وأوجبوا التفصيل والتعرض للشروط ابتداء ودواماً ، لأن الفروج يحتاط لها ، كالدماء ، والوطء المستوفى لايتدارك ، كالدم • وأما الجواب عن المال ، فإن كان المدعى نفس المال،فإنما اكتفي بالإطلاق ، لأن أسبابه لاتنحصر ، فيشق ضبطها ، وإن كان عقداً على مال ، كبيع وإجارة وهبة ، فثلاثة أوجه أحدها قاله ابن سريج : يشترط التفصيل ، وذكر الشروط كالنكاح ، والثاني : إن تعلق العقد بجارية ، اشترط احتياطاً للبضع ، وإلا فلا ، والثالث وهو أصحها ، ونقله ابن كج عن النص : لايشترط مطلقاً ، لأن المقصود المال وهو أخف شأناً ، ولهذا لايشترط فيها الإشهاد بخلاف النكاح • وأما التعرض في دعوى النكاح، لعدم مانع النكاح، كالردة والعدة والرضاع، فلا يشترط على الصحيح ، لأن الأصل عدمها ، ولكثرتها ، فإن شرطنا التفصيل في النكاح ، فيقول : نكحتها بولي وشاهدين •ويشترط وصف الولي والشاهدين بالعدالة على الصحيح ، وقياسه وجوب التعرض لسائر الصفات المعتبرة في الأولياء، ولا يشترط تعيين الشاهدين والولي، والغرض أن يعرف أن النكاح لم يخل عن ولي وشاهدين ، ويشترط التعرض لرضى المرأة إن كان رضاها شرطاً ، فإن كانت أمة ، اشترط التعرض للعجز عن الطول ، ولخوف العنت على الأصح ، وإن شرطنا التفصيل في دعوى البيع ، قالوا : يقول : تعاقدنا بثمن معلوم ونحن جائزا التصرف ، وتفرقنا عن تراض ، ويشترط في الشهادة على النكاح

التفصيل إن قلنا باشتراطه في دعوى النكاح ، وفي فتاوى القفال أنه يشترط أن يقولوا بعد تفصيل النكاح : ولا نعلم أنه فارقها ، أو وهي اليوم زوجته ، والإقرار بالنكاح يكفي فيه الإطلاق على المذهب ، لأنها لا تقر إلا عن تحقق ، وقيل : في اشتراط التفصيل فيه الخلاف في الدعوى والشهادة ، وهو ضعيف • ولو شهدوا على إقرارها ، لم يشترط أن يقولوا : ولا نعلم أنه فارقها ، ولتكن الشهادة على البيع والإقرار إذا أوجبنا التفصيل في البيع على قياس ما ذكرنا في النكاح ، ونقلوا في اشتراط تقييد النكاح والبيع المدعيين بالصحة وجهين ، وبالاشتراط أجاب الغزالي في « الوجيز » وقال في « الوسيط » : الوجه القطع باشتراطه في النكاح ، وأشار إلى أن الوجهين مفرعان على أنه لا يشترط تفصيل الشرائط ، وإيراد الهروي يقتضي اطرادهما مع اشتراط التفصيل ليتضمن ذكر الصحة نفي المانع •

واعلم أن دعوى النكاح تارة تكون على المرأة ، وتارة على وليها المجبر ، كما سبق في مسألة تزويج الوليين المرأة بشخص ، وسبق هناك أن الأئمة قالوا : لو ادعى كل واحد من الزوجين سبق نكاحه ، وعلم المرأة به ، بني على أن إقرارها به هل يقبل ؟ إن قلنا : لا ، فلا تسمع دعواهما عليها ، وإن قلنا : نعم وهو الأظهر سمعت ، وهذا يقتضي كون سماع دعوى النكاح عليها أبداً فيه هذا الخلاف ، فكأنهم لم يذكروه هنا اقتصاراً على الأظهر •

المسألة السادسة : دعوى المرأة النكاح إن اقترن بها حق من حقوق النكاح ، كصداق ونفقة ، وقسم وميراث بعد موته ، سمعت ، وإن تمحضت دعوى الزوجية ، سمعت أيضاً على الأصح ، فإن سمعت ، نظر ، إن سكت المدعى عليه ، وأصر على السكوت ، أقامت البينة عليه ، وإن أنكر ، فهل يكون إنكاره طلاقاً ؟ وجهان ، أصحهما : لا ،

فإن قلنا : هو طلاق ، سقط ما ادعته ، ولها أن تنكح زوجاً غيره ، ولو رجع عن الإنكار ، وقال : غلطت في الإنكار ، لم يقبل رجوعه ، وإن قلنا : ليس إنكاره طلاقاً ، فإنكاره كسكوته ، فيقيم البينة عليه ، وإن رجع ، قبلنا رجوعه ، وسلمنا الزوجة إليه ، وإن لم تكن بينة ، وحلف الرجل ، فلا شيء عليه ، وله أن ينكح اختها وأربعا سواها ، وليس لها أن تنكح زوجاً غيره إذا لم نجعل الإنكار طلاقاً . وإن اندفع النكاح ظاهراً حتى يطلقها أو يموت . قال البغوي : أو يفسخ بإعساره ، أو امتناعه إذا جعلنا الامتناع مع القدرة ممكناً من الفسخ وليكن هذا مفرعاً على أن لها أن تفسخ بنفسها أما إذا أحوجناها إلى الرفع إلى القاضي ، فما لم يظهر له النكاح كيف يفسخ أو يأذن في الفسخ ، وينبغي أن يرفق الحاكم به حتى يقول : إن كنت نكحتها ، فهي طالق ، ليحل لها النكاح ، وإن نكل الرجل ، حلفت هي ، واستحقت المهر والنفقة .

فرع

امرأة تحت رجل ادعى آخر أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحرة لاتدخل تحت اليد ، فلو أقام كل واحد منهما بينة ، لم يقدم بينة من هي تحته ، بل هي كاثنين[1] أقام كل واحد منهما بينة على نكاح خلية ، فينظر إن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد ، أو مطلقتين ، فقد تعارضتا ولا يجيء قولا القسمة والقرعة ، وإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين ، قدمت البينة التي سبق تاريخها بخلاف ما لو كان هذا التعارض في مال ، فإن في الترجيح بالسبق قولين ، لأن[2] الانتقال في الأموال غالب دون النكاح . ولو

(١) في الأصل : كابنين .
(٢) في الأصل : لانه .

قامت بينة أحدهما على النكاح ، وبينة الآخر على إقرارها بالنكاح ، فبينة النكاح أولى ، كما لو شهدت بينة واحد بأنه غصب منه كذا ، وبينة الآخر بأنه أقر له به ، ولو أقرت لأحدهما ، فعلى ما ذكرنا إذا زوجها وليان لشخصين ، وادعى كل واحد سبق نكاحه .

فرع

ادعت ذات ولد أنها منكوحته ، وأن الولد منه ، وسمعنا دعوى النكاح منها ، فإن أنكر النكاح والنسب ، فالقول قوله بيمينه ، وإن قال : هذا ولدي من غيرها ، أو هذا ولدي ، لم يكن مقراً بالنكاح ، وإن قال : هو ولدي منها ، وجب المهر ، وإن أقر بالنكاح ، فعليه النفقة والمهر والكسوة[1] ، فإن قال : كان نكاح تفويض ، فلها المطالبة بالفرض إن لم يجر دخول ، وإن جرى ، فقد وجب المهر بالدخول ، فلا معنى لإنكاره .

المسألة السابعة : ادعى رق بالغ ، فقال البالغ : أنا حر الأصل ، فالقول قوله ، وعلى المدعي البينة ، وسواء كان المدعي استخدمه قبل الإنكار ، وتسلط عليه ، أم لا ، وسواء جرى عليه البيع مراراً ، وتداوله الأيدي أم لا ، فإن كان اشتراه من غيره ، وحلف على نفي الرق ، فهل يرجع المشتري على بائعه بالثمن ؟ فيه كلام سنذكره إن شاء الله تعالى في المسألة الرابعة من الباب الثاني . فإن قال البالغ لمن هو في يده : إنك أعتقتني أو أعتقني من باعني لك ، طولب بالبينة ، ولو ادعى رق صغير ، فإن لم يكن في يده ، لم يصدق إلا ببينة ، وإن كان في يده ، نظر إن استندت إلى التقاط ، فكذلك على الأظهر ، وفي قول : تقبل ، ويحكم له بالرق ، وإن لم يعرف استنادها إلى الالتقاط ، صدق وحكم

---

(1) في الأصل : والنسوة .

له ، كما لو ادعى الملك في دابة[1] أو ثوب في يده ، فلو كان مميزاً ، فأنكر ، فالأصح أنه يحكم له برقه ، ولا أثر لإنكاره ، والثاني : أنه كالبالغ ، وإذا حكمنا له برقه في الصغير ، فبلغ ، وأنكر الرق ، فالأصح استمرار الرق حتى تقوم بينة بخلافه ، والثاني : يصدق منكر الرق إلا أن تقوم به بينة ، ولا فرق في جريان الوجهين بين أن يدعي في الصغير ملكه ويستخدمه ، ثم يبلغ وينكر[2] ، وبين أن يتجرد الاستخدام إلى البلوغ ، ثم يدعي ملكه ، وينكر المستخدم واليد على البالغ المسترق ، وإن لم يغن عن البينة عند إنكاره ، فهي غير ساقطة بالكلية ، بل يجوز اعتمادها في الشراء إن سكت المسترق اكتفاء بأن الظاهر أن الحر لايسترق ، وقال الشيخ أبو محمد : لايجوز شراؤه مع سكوته ، كما لا يجوز مع إنكاره الرق ، بل يسأل ، فإن أقر ، اشتري .

الثامنة : في سماع الدعوى بدين مؤجل أوجه ، أصحها : لا ، إذ لا يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال ، والثاني : نعم ، والثالث : تسمع إن كان له نية ، ليستحل فيأمن غيبتها وموتها ، وإلا فلا ، أو في دعوى الأمة الاستيلاد والرقيق التدبير ، وتعليق العتق بالصفة طريقان أحدهما : تقبل ، لأنها حقوق ناجزة ، والثاني : على الخلاف في الدين المؤجل الاستيلاد أولاهما[3] بالقبول ، وهذا المذكور في التدبير إذا لم نجوز الرجوع عنه بالقبول ، فإن جوزناه ، فإنكاره رجوع يبطل مقصود المدعي .

قلت : المذهب سماع دعوى الاستيلاد والتدبير، وتعليق العتق. **والله أعلم**

---

(1) في الأصل : دار .
(2) في الأصل : وينكسر .
(3) في الأصل : أولا .

فرع

ادعي عليه دين مؤجل قبل المحل ، فله أن يقول في الجواب : لا يلزمني دفع شيء إليك الآن ، ويحلف عليه ، وهل له أن يقول : لاشيء علي مطلقاً ، قال القفال : فيهِ وجهان بناء على أن الدين المؤجل هل يوصف قبل الحلول بالوجوب ؟ وفيه وجهان •

التاسعة : سلم ثوباً أو غيره إلى دلال ليبيعه ، فجحده ، وشك في بقاء الثوب ، فلا يدري أيطالب بالعين ، أم بالقيمة ، فقد سبق في أواخر باب القضاء على الغائب وجهان ، أصحهما : له أن يدعي على الشك ، فيقول : لي عنده كذا ، فإن بقي ، فعليه رده ، وإلا فقيمته أو مثله ، والثاني : يشترط في الدعوى الجزم ، فيفرد لكل واحد من المطالبة دعوى برأسها ، فإن قلنا بالأول ، فأنكر المدعى عليه ولا بينة ، حلف على نفي الجميع ، وإن نكل ، وردت اليمين على المدعي ، فهل يحلف على التردد ، كما لو ادعى على التردد ، أم يشترط التعيين ؟ وجهان ، وإن قلنا : يفرد لكل مطلب دعوى ، فادعى مارآه أقرب ، ونكل الخصم ، فنكوله يؤكد ظن المدعي بكذبه ، فهل له أن يحلف اليمين المردودة بذلك ؟ وجهان ، أصحهما : نعم استدلالاً بنكوله على كذبه ، كما يستدل بخط أبيه ، وأجري الوجهان فيما إذا أنكر المودع التلف ، وتأكد ظنه بنكول المودع هل يحلف اليمين المردودة ، وفي فتاوى القفال ، انه ادعى عليه ثوباً ، فقال : كان في يدي وهلك ، فأغرم لك القيمة ، فقال المدعي للحاكم : قد أقر بالثوب ، فحلفه أنه لا يلزمه تسليمه إلي ، حلفه ، فإن حلف ، قنع منه بالقيمة ، وإن نكل وحلف المدعي على بقاء الثوب طولب بالعين •

الباب الثاني في جواب الدعوى

جواب المدعى عليه إقرار ، أو إنكار ، فإن سكت ، وأصر على

السكوت ، جعل كالمنكر الناكل ، فترد اليمين على المدعي ، فهو كالإنكار • والكلام في الإقرار وصيغته على ما سبق في كتاب الإقرار، وقول المدعى عليه : لي عن دعواك مخرج ، ليس بإقرار ، لاحتمال الخروج بالإنكار ، وكذا قوله : لفلان علي أكثر مما لك ، ليس بإقرار للمخاطب بما دعاه ، لاحتمال إرادة الاستهزاء • قال القاضي أبو سعد : وكذا لو قال : لك علي أكثر مما ادعيت ، لم يكن إقراراً لاحتمال أن يريد • لك من الحق عندي ما يستحق له أكثر مما ادعيت ، وكما لايكون قوله : لفلان علي أكثر مما لك إقراراً للمخاطب ، لايكون إقراراً لفلان أيضاً ، لاحتمال أن يريد بالحق الحرمة • فلو قال : لفلان علي مال أكثر مما ادعيت ، فهذا إقرار لفلان ، إلا أنه يقبل تفسيره بما دونه في القدر تنزيلاً على كثرة[1] التركة أو الرغبة ، كما سبق في الإقرار • ولو قال : الحق أحق أن يؤدى ، فليس بإقرار ، لأن المعنى حيث يكون حقاً، فأما أنا فبريء •

فصل

في مسائل الباب هي ست ، الأولى : ادعى عليه عشرة ، فقال : لايلزمني العشرة ، فليس بجواب تام ، بل التام أن يضيف إليه ولا شيء منها ، أو ولا بعضها ، وكذا يحلف إن حلف ، لأن مدعي العشرة مدع لكل جزء منها ، فاشترط مطابقة الإنكار واليمين دعواه ، وقال القاضي حسين : لايكلف في الإنكار أن يقول : ولا شيء منها ، وإنما يكلف ذلك في اليمين ، والصحيح الأول ، وإذا حلفه القاضي على أنه لايلزمه العشرة ، ولا شيء منها ، فحلف على نفي العشرة ، واقتصر عليه ، لم تلزمه العشرة بتمامها ، لكنه ناكل عما دون العشرة ، فللمدعي

(١) في الأصل : كثر .

أن يحلف على استحقاق مادونها بقليل ، ويأخـذه ، ولو نكل المدعى عليه عن مطلق اليمين ، وأراد المدعي أن يحلف على بعض العشرة ، قال البغوي : إن عرض القاضي عليه اليمين على العشرة وعلى كل جزء منها، فله أن يحلف على بعضها ، وإن عرض عليه اليمين على العشرة وحدها، لم يكن له الحلف على بعضها ، بل يستأنف الدعوى للبعض الذي يريد الحلف عليه ، وحيث جوزنا للمدعي الحلف على بعض المدعى ، فذلك إذا لم يسنده إلى عقد ، فإن أسنده ، بأن قالت المرأة : نكحني بخمسين وطالبته به ، ونكل الزوج ، لم[1] يمكنها الحلف على أنه نكحها ببعض الخمسين ، لأنه يناقض ما ادعته أولاً • وإذا ادعى أن الدار التي في يدك ملكي يلزمك تسليمها إلي ، فإذا أنكر المدعى عليه ، يحلف أنهـا ليست ملكاً له ، ولا شيء منها ، ولو ادعى أنه باعه إياها ، كفـاه أن يحلف أنه لم يبعها •

الثانية : إذا ادعى مالاً وأسنده إلى جهة بأن قال : أقرضتك كذا، وطالبه ببدله ، أو قال : غصبت[2] عبدي ، فتلف عندك ، فعليك كذا ضماناً ، أو مزقت ثوبي ، فعليك كذا أرشاً ، أو اشتريت منك كذا ، وأقبضتك ثمنه ، أو اشتريت مني كذا ، فعليك ثمنه ، وطالبه بالمدعى ، فليس على المدعى عليه أن يتعرض في الجواب لتلك الجهة ، بل يكفيه أن يقول : لايستحق علي شيئاً ، ولا يلزمني تسليم شيء إليك ، وكذا يكفيه في جواب طالب الشفعة : لا شفعة لك عندي ، أو لايلزمني تسليم هذا الشقص إليك ، لأن المدعي قد يكون صادقاً في الإقراض والغصب وغيرهما ، ويعرض ما يسقط الحق من أداء أو إبراء أو هبة ، فـلو

---

(١) في الأصل : ولم .
(٢) في الأصل : غصب .

نفى[1] الإقراض ونحوه كان كاذباً ، وإن اعترف بـه ، وادعى المسقط طولب بالبينة ، وقد يعجز عنهـا ، فدعت الحـاجة إلى قبول الجواب المطلق ، ولو قالت المرأة : طلقتني ، فقال : أنت زوجتي ، كفـاه وإذا اقتصر المدعى عليه على الجواب المطلق ، وأفضى الأمر إلى الحلف،حلف على ما أجاب ، ولم يكلف التعرض لنفي الجهة المدعاة ، ولو حلف على نفي الجهة المدعاة بعد الجواب المطلق ، جاز ، ذكره البغوي • ولـو تعرض في الجواب للجهة ، فقال : مابايعتك ، أو مـا أقرضتني ، أو ما مزقت ، فالجواب صحيح ، إن حلف على وفق الجواب ، فـذاك ، وإن أراد أن يقتصر في الحلف على أنه لايلزمه شيء ، فهل يمكن ،كما لو أجاب كذلك ، أم لا ليطابق اليمين الإنكار ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، وهو المنصوص • ولو كـان في يده مرهون ، أو مستأجر ، وادعاه مالكه ، كفاه أن يقول : لايلزمني تسليمه ، ولا يجب التعرض للملك ، فإن أقام المدعي بينة بالملك ، نقل في « الوسيط » عن القاضي أنه يجب عليه تسليمه ، واعترض عليه بأنه قد يصدق الشهود ، ولا يجب التسليم لإجارة أو رهن ، ولو اعتـرف بالملك ، وادعى رهناً أو إجارة ، وكذبه المـدعي ، فمن المصدق منهما ؟ وجهـان سبقا في باب اختلاف المتراهنين ، فإن صدقه صاحب اليد ، فذاك ، وإن صدق المالك ــ وهو الصحيح ــ ، احتاج مدعي الرهن أو الإجارة إلى البينة ، فإن لم توافقه بينة ، وخاف جحود الراهن لو اعترف له بالملك ، فما حيلته ؟ وجهان ، قال القفال : حيلته تفصيل الجواب ، فيقول : إن ادعيت ملكاً مطلقاً فلا يلزمني التسليم ، وإن ادعيت مرهوناً عندي ، فاذكره لأجيب، وقال القاضي حسين : لايقبل الجواب المردد ، بل حيلته أن يجحدملكه

---

(1) في الأصل : بقي .

إن جحد صاحبه الدين والرهن ، وعلى عكسه لو ادعى المرتهن ، وخاف الراهن جحود الرهن لو اعترف بالدين ، فعلى الوجه الأول يفصل . فيقول : إن ادعيت ألفاً لي عندك به كذا رهناً فحتى أجيب ، وإن ادعيت ألفاً ، فلا يلزمني . وعلى الثاني صارت العين مضمونة عليه بالجحود ، فلمن عليه الدين أن يجحده ، ويجعل هذا بذاك ، ويشترط التساوي ، والوجه الأول أصح ، وبه قطع الفوراني ، وذكر أن المدعى عليه يفصل الجواب أبداً ، ولا يكون ذلك إقراراً بشيء[1] مثل أن يدعي عليه ألفاً ، فيقول : إن ادعيت عن ثمن كذا فحتى أجيب ، وإن ادعيت عن جهة أخرى ، فلا يلزمني .

فرع

ادعت على رجل ألفاً صداقاً يكفيه أن يقول : لا يلزمني تسليم شيء إليها ، قيل للقفال : هل للقاضي أن يقول : هل هي زوجتك ؟ فقال : ما للقاضي ولهذا السؤال ؟ لكن لو سأل ، فقال : نعم ، قضى عليه بمهر المثل إلا أن يقيم البينة أنه نكحها بكذا ، فلا يلزمه أكثر منه .

الثالثة : إذا ادعى عقاراً أو منقولاً على إنسان ، وقال المدعى عليه : ليس هو لي ، نظر ، أيقتصر عليه ، أم يضيفه إلى مجهول ، أم إلى معلوم ؟ فإن اقتصر عليه ، أو أضافه إلى مجهول بأن قال : هو لرجل لا أعرفه ، أو لا أسميه ، فثلاثة أوجه ، أحدهما : يسلم المال إلى المدعي، إذ لا مزاحم له ، والثاني : تنصرف الخصومة عنه ، وينتزع الحاكم المال من يده ، فإن أقام المدعي بينة على الاستحقاق ، أخذه ، وإلا حفظه إلى أن يظهر مالكه ، وأصحهما : لا ينصرف ، ولا ينتزع المال من يده ، فعلى هذا إن أقر بعد ذلك لمعين ، قبل ، وانصرفت الخصومة إلى ذلك

---

(1) في الأصل : شيئاً .

المعين ، وإلا فيقيم المدعي البينة عليه أو يحلفه ، وهل يمكن من أن يعود ، فيدعيه لنفسه ؟ وجهان . ولو قال في الجواب : نصفه لي ، ولا أدري لمن النصف الآخر ، ففي النصف الآخر الأوجه الثلاثة ، أما إذا أضافه إلى معلوم ، فالمضاف إليه ضربان، أحدهما : من تتعذر مخاصمته، وتحليفه بأن قال : هو وقف على الفقراء ، أو على المسجد الفلاني ، أو على ابني الطفل ، أو هو ملك له ، فالذي قطع به الغزالي ، والشيخ أبو الفرج أن الخصومة تنصرف عنه ، ولا سبيل إلى تحليف الولي ولا طفله ، ولا تغني إلا البينة . قال أبو الفرج : وإذا قضى له القاضي بالبينة كتب صورة الحال في السجل ، ليكون الطفل على حجته إذا بلغ ، وقال البغوي : إذا قال : هو لابني الطفل ، أو وقف عليه ، لم تسقط الدعوى، فإن أقام بينة أخذه ، وإلا حلف المدعى عليه : انه لا يلزمه تسليمه إليه إذا كان هو قيم الطفل .

: اختار في « المحرر » قول البغوي . والله أعلم

الضرب الثاني : من لا تتعذر مخاصمته وتحليفه ، كشخص معين، وهو نوعان ، حاضر في البلد ، وغائب ، فالحاضر يراجع ، فإن صدق[1] المدعى عليه ، انصرفت الخصومة إليه ، وإن كذبه ، فأربعة أوجه الثلاثة السابقة في الإقرار ، ورابعه حكاه ابن الصباغ أنه يقال للمدعى عليه : ادعه لنفسك ، فتكون الخصم ، أو لمن يصدقك ، فيكون هو الخصم ، فإن امتنعت ، جعلناك ناكلاً ، وحلفنا المدعي .

النوع الثاني : الغائب ، فإذا أضاف المدعي إلى غائب ، ففي انصراف الخصومة عنه أوجه ، أصحها ــ وبه قال الأكثرون ــ ينصرف، والثاني : لا ، والثالث : إن قال : ليس لي ، وإنما هو لفلان ، فلا ،

(١) في الأصل : صرف .

فإن قلنا : لا ينصرف ، نظر ، إن لـم يكن للمدعي بينة ، فلـه تحليف المدعى عليه على أنه لايلزمه تسليمه إليه ، فإن نكل حلفالمدعي ، وأخذ المال من يده ؛ ثم إذا عاد الغائب ، وصدق المقر ، رد المال عليه بلا حجة، لأن اليد له بإقرار صاحب اليد ، ثم يستأنف المدعي الخصومة معـه ، وإن أقام المدعي بينة على الحاضر ، أخذ المال من يده أيضاً ، وهل هو قضاء على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، أم على الغائب ، لأن المال بمقتضى الإقرار له ؟ وجهان ، أصحهما : الأول ، ولا يحتاجالمدعي مع البينة إلى اليمين ، ويثبت القاضي في السجل أنه قضى له بالبينة بعد ما أقر المدعى عليه أنه لفلان الغائب ، ليكون الغائب على حجته ، وإذا عاد ، وأقام البينة ، قضى له لترجح جانبه باليد ، وإن لم يقمها ، أقـر المال في يد المدعي ، فإن التمس من القاضي أن يزيد في السجـل أن الغائب قدم ، ولم يأت ببينة ، أجابه إليه ، وإن قلنا : تنصرفالخصومة عنه . فإن لم يكن للمدعي بينة ، وقف الأمر إلى أن يحضر الغـائب ؛ وإن كانت له بينة ، قضي له بالمـال ، وهل هو قضاء علـى الغائب ، ويحتاج معه إلى اليمين ، أم على الحاضر الذي تجري الخصومة معه ، فلا يحتاج إليها ؟ وجهان ، رجح العراقيون ، والروياني الثاني ، ولكن الأول أقوى ، وأليق بالوجه المفرع عليه ، واختاره الإمام والغزالي ، هذا كله إذا لم يقم المدعى عليه بينة أن المال للغائب ، فإن أقامها ، نظر إن دعى أنه وكيل من جهة الغائب ، وأثبت الوكالة فبينته على أنالمال للغائب مسموعة مرجحة على بينة المدعي . وإن لم يثبت الوكالة ، فذكر الإمام والغزالي فيه ثلاثة أوجه ، أصحها : لا تسمع بينته ، وبـه قـال الشيخ أبو محمد ، لأنه ليس بمالك ولا نائب ، فعلى هذا الحـكم كما لو لم يقم بينة . والثاني : تسمع ، والثالث : إن اقتصرت البينة علـى أنه لفلان الغائب ، لم تسمع ، وإن تعرضت مع ذلك لكونه فييد المدعى

عليه بعارية ، أو غيرها ، سمعت، فإن لم يسمعها فادعى لنفسه حقاً لازماً، كرهن وإجارة ، وتعرضت البينة لذلك ، ففي السماع وجهان . وإذا سمعنا بينته لصرف اليمين عنه ، حكم للمدعي ببينته ، فإن رجع الغائب، وأعاد البينة ، قدمت بينته ، وإن سمعناها لعلقة الإجارة والرهن ، فهل تقدم هذه البينة ، أم بينة المدعي ؟ وجهان ، أصحهما : تقديم بينة المدعي ، ويكون فائدة بينته صرف اليمين عنه ، هذا ماذكره الإمام، والغزالي ، والذي يفتى به — وهو المفهوم من كلام الأصحاب — أن المدعي إذا أضاف المدعى عليه إلى الغائب خصومة معه ، وأخرى مع الغائب ، فإذا أقام البينة ، انصرفت الخصومة عنه لا محالة ، ولا يجيء فيه الوجهان المذكوران فيما لو اقتصر على الإقرار للغائب ، وبنوا على انصراف الخصومة عنه أن المدعي لو أقام البينة والحالة هذه ، فلا بد له من اليمين مع البينة ، والقضاء قضاء على غائب بلا خلاف ، وهي بالإضافة إلى الغائب غير مسموعة ، فلا يحكم للغائب بالملك بالبينة التي أقامها الحاضر على أنه للغائب ، فإن تعرض الشهود مع ذلك لكونه في رهن الحاضر ، وإجارته ، فوجهان ، أحدهما : تسمع هذه البينة للغائب أيضاً ، وترجح بينته على بينة المدعي ، لقوتها باليد ، وأصحهما : لاتسمع ، فعلى هذا تعمل بينة المدعي .

فرع

متى حكمنا بانصراف الخصومة عن المدعى عليه بإقراره لحاضر أو لغائب أو مجهول على وجه ، فهل للمدعي تحليفه ؟ قولان بناء على أنه لو أقر له بعد إقراره لغيره ، هل يغرم القيمة ، وفيه خلاف سبق في الإقرار ، إن قلنا : نعم ، حلفه ، فلعله يقر فيغرم القيمة ، وإن قلنا : لا ، فإن قلنا : النكول ورد اليمين ، كالإقرار ، لم يحلفه ، وإن قلنا : كالبينة

خلفه ، لأنه قد ينكل ، فيحلف المدعي ، ويأخذ القيمة ، وكأن العين تالفة • وهل يسترد العين من المقر له وفاء بتنزيله منزلة البينة ؟ وإذا أوجبنا القيمة ، وأخذها بإقرار المدعى عليه ثانياً ، أو بيمين المدعي بعد نكوله ، ثم سلمت له العين ببينة ، أو يمينه بعد نكول المقر له ، لزمه رد القيمة ، لأنه أخذها للحيلولة ، وقد زالت •

فرع

ادعى أن هذه الدار وقف علي ، وقال من هي في يده : هي ملك لفلان ، وصدقه المقر له ، انتقلت الخصومة[1] إليه ، وليس له طلب القيمة من المقر ، لأنه يدعي الوقف ، ولا يعتاض عنه ، كذا قاله البغوي• وكان لا يبعد طلب القيمة ، لأن الوقف يضمن بالقيمة عند الإتلاف والحيلولة في الحال كالإتلاف • ولو رجع الغائب ، وكذب المدعى عليه في إقراره ، فالحكم كما سبق فيمن أضاف إلى جاحد ، فكذبه ، ولو أقام المقر له الحاضر ، أو الغائب بعد الرجوع بينة على الملك ، لم يكن للمدعي تحليف المقر ، ليغرمه ، لأن الملك استقر بالبينة ، وخرج الإقرار عن أن تكون الحيلولة به •

المسألة الرابعة : اشترى ثوباً وعبداً من رجل ، فادعاه آخر ، نظر إن ساعده المشتري ، وأقر له بما ادعاه ، لم يكن له أن يرجع بالثمن على بائعه . وإن استحلف ، فنكل ، فحلف المدعي ، وأخذ المال ، قال الشيخ أبو علي : ليس له الرجوع بالثمن أيضاً بلا خلاف ، لتقصيره بالنكول وحلف المدعي بعد نكوله كإقراره ، ويجوز أن يفرض في هذا الخلاف بناء على أنه كالبينة •

---

(١) في الأصل : الخصوم •

قلت : هذا ضعيف أو باطل ، لأن المذهب أنه إنما يكون كالبينة في حق المتنازعين دون غيرهما ، وكذا نقل الشيخ أبو علي تحرير المذهب الاتفاق على عدم الرجوع . **والله أعلم**

وإن أثبت المدعي الاستحقاق بالبينة ، وأخذ المال ، نظر إن لم يصرح في منازعته للمدعى بأنه كان ملكاً لبائعي ، ولا بأنه ملكي بأن قامت البينة ـ وهو ساكت ـ ، فله الرجوع بالثمن قطعاً ، وإن صرح بذلك ، فوجهان ، أحدهما : لايرجع ، لأن المدعي ظالم باعترافه . وأصحهما الرجوع مهما قال ذلك على وجه الخصومة ، أو اعتمد ظاهر اليد ، ثم بان خلاف ذلك بالبينة ، ويجري الوجهان فيما لو قال في الابتداء : بعني هذه الدار ، فإنها ملكك ، ثم قامت بينة بالاستحقاق، ولا يجريان فيما لو كان الموجود مجرد الشراء ، وإن كان الشراء إقراراً للبائع بالملك ، وفرقوا بأن ذلك إقرار تضمنه الشراء ، فبطل ببطلان المبايعة والإقرار المستقل بخلافه ولو اشترى عبداً في الظاهر ، فقال : أنا حر الأصل ، فقد سبق أن القول قوله ، وأن على المشتري البينة على رقه ، أو على إقراره بالرق له ، أو للذي باعه إياه ، فإذا حلف حكم بحريته في الظاهر ، ثم أطلق ابن الحداد أنه لايرجع المشتري على البائع بالثمن ، وفصل أكثرهم ، فقالوا : إن لم يصرح في منازعته بأنه رقيق ، رجع ، وإن صرح ، فعلى الوجهين .

فروع

من كلام القاضي أبي سعد الهروي : أقر المشتري للمدعي بالملك، ثم أراد إقامة البينة على أنه للمدعي ، ليرجع بالثمن على البائع ، لم يمكن ، لأنه يثبت الملك لغيره بلا وكالة ولا نيابة ، كيف والمدعي لو أراد إقامة البينة ـ والحالة هذه ـ لم يلتفت إليه لاستغنائه عن البينة

بالإقرار ، وله تحليف البائع ، لأنه ربما أقر ، فيرجع عليه ، فإن نكل ، فهل يحلف المشتري يمين الرد ، إن قلنا : النكــول واليمين كالإقرار ، فنعم ، وإن قلنا : كالبينة ، فلا • ولو ادعى المسترق المبيع أنه حر الأصل، أو اعترف به المشتري ، ثم أراد المشتري إقامة البينة أنه حر الأصل ، مكن ، لأن الحرية حــق الله تعالى ، ولكل أحد إثباتهــا ، وإذا ثبتت ، ثبت الرجوع ، ولا يكفي في الرجوع بينة بمطلق الحرية ، لاحتمال أن المشتري هو الذي أعتقه • ولو أقام المشتري بعد ما أقر للمدعي بينة على إقرار البائع بأن المال للمدعي قبلت ، وثبت الرجوع ، لأنه إذا بان إقرار البائع من قبل ، لغا إقرار المشتري ، ولو أقام مدعي الاستحقاق البينة ، وأخذ العين ، ثم قامت بينة بأن البائع كان اشتراها من هــذا المدعي سمعت ، يرد الحكم الأول ، وتكون العين للمشتري بالمبايعــة السابقــة •

فصــل

جارية في يد رجل ادعى رجل أنها له ، فأنكر صاحب اليد ، فأقام المدعي بينة ، أو حلف بعد نكول المدعى عليه ، وحكم له بها فأخذها ، فوطئها ، ثم قال : كذبت في دعواي ويميني ، والجارية لمن كانت في يده ، لزمه ردها ومهرها ، وأرش نقصها إن نقصت ، ولا يقبل قوله : إنها كانت زانية ، لأنها تنكر ما يقول • وإن أولدها ، ثم كذب نفسه ، لم يقبل قوله في إبطال حرية الولد والاستيلاد ، لأن إقراره لا يلزم غيره، ولكن عليه قيمة الولد والأم مع المهر ، وليس له وطؤها بعد ذلك إلا أن يشتريها منه ، فإن مات ، عتقت وولاؤها موقوف ، فإن وافقتــه الجارية في الرجوع ، لم يبطل الاستيلاد على الأصح ، ولو أن صاحب اليد أنكر وحلف[1] ، وأولد الجارية ، ثم عاد ، وقال : كنت مبطلاً

---

(١) في الأصل : حلف .

في الإنكار والجارية المدعي ، فالكلام في المهر ، وقيمة الولد ، والجارية، والاستيلاد على ما سبق في طرف المدعي •

المسألة الخامسة : ما يقبل إقرار العبد فيه ، كالحد ، والقصاص، فالدعوى فيه يكون على العبد ، والجواب بطلب منه ، وما لا يقبل إقراره فيه وهو الأرش ، وضمان الأموال ، فالدعوى فيه تتوجه على السيد،لأن الرقبة التي تتعلق بها حق للسيد،ولو وجهت الدعوى على العبد، فوجهان،أحدهما ــ وهو اختيار الإمام والغزالي ــ المنع،لأن إقراره به غير مقبول ، فعلى هذا هل للمدعي تحليفه ؟ يبنى على أن الأروش المتعلقة بالرقبة هل تتعلق بالذمة أيضاً ؟ وفيه قولان سيأتيان في كتاب العتق إن شاء الله تعالى ، فإن قلنا : نعم ، فلا طلبة في الحال ، ولا إلزام ، وإنما هو شيء يتوقع فيما بعد ، كالدين المؤجل ، ويجيء الخلاف السابق في سماع الدعوى بالدين المؤجل ، فإن سمعناها ، فله تحليف العبد ، فإن نكل ، وحلف المدعي اليمين المردودة ، لم يكن له التعلق بالرقبة ، لأن اليمين المردودة وإن جعلت كالبينة ، فلا تؤثر إلا في حق المتداعيين ، والرقبة حق السيد • وقيل : له التعلق بالرقبة إن جعلناها كالبينة ، والوجه الثاني وهو المقطوع به في « التهذيب » في باب مداينة العبيد : أن الدعوى مسموعة على العبد إن كان للمدعي بينة ، وكذا إن لم تكن بينة ، وقلنا : اليمين المردودة كالبينة ، وإن قلنا : كالإقرار فلا ، وفي كل واحد من الوجهين إشكال ، والمتوجه أن يقال : تسمع الدعوى عليه لإثبات الأرش في ذمته تفريعاً على الأصلين المذكورين ، ولا تسمع الدعوى ، والبينة عليه لتعلقه بالرقبة •

المسألة السادسة : من ادعى على رجل عيناً ، أو ديناً ولم يحلفه ، وطلب كفيلاً منه ليأتي بالبينة ، لم يلزمه إعطاء كفيل ، وإن اعتاد القضاة خلافه ، هذا هو المعروف للأصحاب ، وقال بعض المتأخرين :

الأمر فيه إلى رأي الحاكم ، وإن أقام شاهدين ، وطلب كفيلاً إلى أن يعدلا ، فالصحيح أنه يطالب به فإن امتنع[1] ، حبس لا متناعه لا لثبوت الحق ، وقال القفال : لايلزمه إعطاء الكفيل ، لكن للحاكم أن يطالبه إذا رأى[2] اجتهاده إليه ، وخاف هربه ، وقد سبق في الضمان قول إن كفالة البدن باطلة ، وبالله التوفيق •

الباب الثالث في اليمين

فيه أطراف :

الأول في نفس الحلف ، وصيغ الأيمان مستوفاة في موضعها ، والمقصود الآن بيان قاعدتين إحداهما : أن للتغليظ مدخلاً في الأيمان المشروعة في الدعاوى مبالغة في الزجر ، وفيه مسائل : الأولى التغليظ يقع بوجوده ، أحدها التغليظ اللفظي ، وهو ضربان ، أحدهما : التعديد ، وهو مخصوص باللعان والقسامة ، وواجب فيهما ، الثاني : زيادة الأسماء والصفات ، بأن يقول : والله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة ، الرحمن الرحيم ، الذي يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، أو والله الطالب الغالب ، المدرك المهلك ، الذي يعلم السر وأخفى ، وهذا الضرب مستحب ، فلو اقتصر على : « الله » كفى ، واستحب الشافعي رحمه الله أن يقرأ على الحالف (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمناً قليلاً[3] الآية وأن يحضر المصحف ، ويوضع في حجر الحالف ، وذكر بعضهم أنه يحلف قائماً زيادة في التغليظ • والوجه

---

(١) في الأصل : فامتنع .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : إذا أدى .

(٣) سورة آل عمران : ٧٧ .

الثاني : التغليظ بالمكان ، والثالث : التغليظ بالزمان ، وهما مفصلان في كتاب اللعان . وهل التغليظ بالمكان مستحب ، أم واجب لايعتد بالحلف في غيره ؟ قولان ، أظهرهما : الأول ، وقيل : مستحب قطعاً ، والتغليظ بالزمان مستحب ، وقيل كالمكان ، ورأى الإمام طرد الخلاف في الضرب الثاني من التغليظ اللفظي ، ومن وجوه التغليظ المذكورة في اللعان التغليظ بحضور جمع ، ولم يذكروه هنا ، ويشبه أن يقال : الأيمان المتعلقة بإثبات حد ، أو دفعه يكون التغليظ فيها بالجمع ، كما هو في اللعان .

قلت : الصواب القطع بأنه لا يعتبر هنا . والله أعلم

ثم التغليظ هل يتوقف على طلب الخصم ، أم يغلظ القاضي وإن لم يطلب الخصم ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، حكاه ابن كج ، ويشبه أن يجريا ، سواء قلنا بالاستحباب أو بالإيجاب .

المسألة الثانية : يجري التغليظ في دعوى الدم والنكاح ، والطلاق والرجعة ، والإيلاء واللعان، والعتق والحد، والولاء والوكالة والوصاية ، وكل ما ليس بمال ، ولا يقصد منه المال حتى يجري في الولادة والرضاع ، وعيوب النساء ، وليس قبول شهادة النساء فيها منفردات لقلة خطرها ، بل لأن الرجال لايطلعون عليها غالباً ، وتوقف الإمام في الوكالة ، وأما الأموال فيجري التغليظ في كثيرها وهو نصاب الزكاة عشرون ديناراً أو مائتا درهم ، وأما قليلها وهو ما دون ذلك ، فلا تغليظ فيه إلا أن يرى القاضي التغليظ لجرأة الحالف ، فله التغليظ . وعن ابن القطان وجه غريب أن المال الواجب بجناية عمداً وخطأ يغلظ فيه وإن قل .

الثالثة : ما جرى فيه التغليظ يستوي فيه يمين المدعى عليه ، واليمين المردودة ، واليمين مع الشاهد ، وقد يقتضي الحال تغليظ اليمين من أحد الطرفين دون الآخر مثل ان ادعى عبد على سيده عتقاً ، أو كتابة فأنكر السيد ، فإن بلغت قيمته نصاباً ، غلظ عليه ، وإلا فلا ، فإن نكل، غلظ على العبد بكل حال ، والوقف من جانب المدعى عليه لا تغليظ فيه إلا إذا بلغ نصاباً ، وكذا من جانب المدعي إن أثبتناه بشاهد ويمين ، وإن لم نثبته بهما ، غلظ كالعتق ، وفي وجه ما غلظ من طرف غلظ من الآخر ، والصحيح الأول ، وإذا ادعى الزوج الخلع على مال ، وأنكرته حصلت البينونة بقوله ، وتصدق الزوجة في إنكار المال بيمينها ، وينظر في التغليظ إلى قلة المال وكثرته ، فإن ردت اليمين ، وحلف الزوج ، فكذلك ، لأن مقصوده المال ، وإن ادعت هي الخلع ، وأنكر ، غلظ عليه ، [لأن مقصوده استدامة النكاح ، وإن نكل ، فحلفت غلظ] ، لأن مقصودها الفراق .

الرابعة : من به مرض أو زمانة ، لايغلظ عليه في المكان لعذره ، وكذا الحائض ، إذ لايمكنها اللبث في المسجد ، والمرأة المخدرة في إحضارها مجلس الحكم خلاف سبق ، فإن أحضرت ، فكالرجل في التغليظ . وإن قلنا : لاتحضر ، بل يبعث القاضي من يحكم بينها وبين خصمها ، فإن اقتضى الحال تحليفها ، فهل يغلظ عليها بالمكان ، وتكلف حضور الجامع أم لا ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وبه أجاب الشيخ أبو حامد ، ومتابعوه والغزالي .

فرع

من توجهت عليه يمين مغلظة ، وكان حلف بالطلاق أن لايحلف يميناً مغلظة ، فإن قلنا : التغليظ واجب ، غلظ [ويحنث] ، وإن امتنع، جعل ناكلاً ، وإن قلنا : مستحب ، لم يغلظ .

عليه إتلاف ثوب قيمته عشرة . فإن قال في الجواب : ما أتلفت ، يحلف

القاعدة الثانية : يشترط كون اليمين مطابقة للإنكار ، فإن ادعى كذلك ، وإن قال : لا يلزمني شيء ، حلف كذلك ، ويشترط وقوعها بعد تحليف القاضي ، فلو حلف قبله ، لم يعتد [به] ، فلو قال الحاكم في تحليفه : قل : بالله ، فقال : بالرحمن ، لم يكن مجيباً ، وكان نكولاً . ولو قال : قل : بالله ، فقال : والله ، أو تالله ، فهل هو نكول كالصورة الأولى أم لا ، لأنه حلف بالاسم الذي حلفه به ؟ وجهان . ويجريان فيهما لو غلظ عليه باللفظ ، فامتنع ، واقتصر على قوله : والله ، وفيما لو أراد التغليظ بالزمان والمكان فامتنع ، فقال القفال في امتناعه من التغليظ اللفظي : الأصح أنه ناكل ، لأنه ليس له رد اجتهاد القاضي ، وقطع بعضهم بأنه ناكل في الامتناع من المكاني والزماني دون اللفظي .

الطرف الثاني في كيفية الحلف ، فإن حلف على فعل نفسه ، حلف على البت . سواء كان يثبته أم ينفيه[1] ، لأنه يعلم حال نفسه ، وإن حلف على فعل غيره . فإن حلف على إثباته ، حلف على البت ، وإن حلف على نفيه ، حلف انه لا يعلمه ، وقد يختصر ، فيقال : اليمين على البت إلا إذا حلف على نفي فعل غيره ، فإذا ادعي عليه مال ، فأنكر ، حلف على البت ، وإن حلف على نفيه ، حلف على البت ، فإن ادعى إبراء أو قضاء ، وأنكر المدعي ، حلف على البت ، ولو ادعى وارث على رجل أن لمورثي عليك كذا . فقال المدعى عليه : أبرأني ، أو قضيته ، حلف المدعي على نفي العلم بإبراء المورث وقبضه ، ولو كان في يده دار ، فقال رجل : غصبها مني أبوك أو بائعك ، فأنكر ، حلف على نفي العلم

(١) في الأصل : يثبته أم يبقيه .

لغصبه ، ولو ادعى رجل على وارث الميت ديناً على الميت ، لم يكف ذكر الدين ووصفه ، بل يذكر مع ذلك موت من عليه ، وأنه حصل في يده من التركة ما يفي بجميعه أو ببعضه ، وأن يعلم دينه على مورثه ، وهكذا كل ما يحلف المنكر فيه على العلم يشترط في الدعوى عليه التعرض للعلم ، فيقول : غصب مني مورثك كذا ، وأنت تعلم أنه غصبه ، ثم إذا تعرض لجميع ذلك ، فإن أنكر الوارث الدين ، حلف على نفي العلم، فإن نكل ، حلف المدعي على البت ، وإن أنكر موت من عليه ، فهل يحلف على نفي العلم ، أم على البت ، لأن الظاهر اطلاعه عليه ، أم يفرق بين تعهده حاضراً، أم غائباً ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول ، وإن أنكر حصول التركة عنده ، حلف على البت ، وإن أنكر الدين ، وحصول التركة معاً وأراد أن يحلف على نفي التركة وحده ، وأراد المدعي تحليفه على نفي التركة ، ونفي العلم بالدين جميعاً ، حلف عليهما ، لأن له غرضاً في إثبات الدين ، فلعله يظفر بوديعة للميت أو دين فيأخذ منه حقه • ولو ادعى على رجل أن عبدك جنى علي بما يوجب كذا ، وأنكر فهل يحلف على نفي العلم أم على البت ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، لأن عبده ماله ، وفعله كفعله، ولذلك سمعت الدعوى عليه، ولو ادعى أن بهيمتك أتلفت لي زرعاً أو غيره حيث يجب الضمان ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه لا ذمة لها ، والمالك لا يضمن بفعل البهيمة ، بل بتقصيره في حفظها وهو أمر يتعلق بالحالف ، ولو نصب البائع وكيلا . ليقبض الثمن ، ويسلم المبيع ، فقال له المشتري : إن موكلك أذن في تسليم المبيع . وترك حق الحبس ، وأنت تعلم ، فهل يحلف على البت . أم على نفي العلم ؟ قولان اختيار أبي زيد البت ، لأنه يثبت لنفسه استحقاق اليد على المبيع •

قلت : نفي العلم أقوى • والله أعلم

ولو طلب البائع تسليم المبيع ، فادعى حدوث عجز عنه ، وقال للمشتري : أنت عالم به ، فأنكر ، حلف على البت ، لأنه يستبقي بيمينه وجوب تسليم المبيع إليه ، ولو مات عن ابن في الظاهر ، فقال آخر : أنا أخوك والميراث بيننا ، فأنكر ، حلف على البت ، لأن الأخوة رابطة بينهما ، فهو حالف في نفسه ، هكذا ذكر الصورتين ابن القاص ، ونازعه آخرون ، وقالوا : يحلف على نفي العلم .

قلت : نفي العلم هو الصحيح . والله أعلم

فرع

ما حلف فيه على البت لا يشترط لجوازه اليقين ، بل يجوز البت بناء على ظن مؤكد يحصل من خطه أو خط أبيه ، أو نكول خصمه .

فرع

لو استحلفه القاضي على البت حيث يكون اليمين بنفي العلم ، فقد مال عن العدل .

فرع

النظر في اليمين إلى نية القاضي المستحلف وعقيدته ، وأما النية والتورية والتأويل على خلاف قصد القاضي لا يغني ، ولا يدفع إثم اليمين الفاجرة . ولو استثنى . أو وصل باللفظ شرطاً بقلبه ونيته أو بلسانه . ولم يسمعه الحاكم ، فكذلك ، وإن سمعه ، عزره ، وأعاد اليمين عليه . وإن وصله بكلام . لم يفهمه القاضي منعه منه ، وأعاد اليمين

عليه ، فإن قال : كنت أذكر الله تعالى قيل له : ليس هذا وقته ، وأما العقيدة ، فإذا ادعى حنفي على شافعي شفعة الجار ، والقاضي يرى إثباتها ، وأنكر المدعى عليه ، فليس له أن يحلف عملاً باعتقاده ، بل عليه اتباع القاضي، ويلزمه في الظاهر ما ألزمه القاضي، وهل يلزمه في الباطن؟ وجهان ، الصحيح باتفاقهم : نعم ، والثاني :لا ، وعن صاحب «التقريب» أن القضاء في المجتهد فيه ينفذ في حق المقلد ظاهراً وباطناً ، ولا ينفذ في حق المجتهد باطناً ، فلو حلفه المجتهد على حسب اجتهاده لم يأثم .

قلت : هذا إذا حلفه القاضي أو نائبه ، أما إذا حلف الانسان ابتداء ، أو حلفه غير القاضي من قاهر ، أو خصم ، أو غيرهما ، فالاعتبار بنية الحالف بلا خلاف ، وينفعه التورية قطعاً ، سواء حلف بالله تعالى ، أو بطلاق وعتاق وغيرهما صرح به الماوردي ، ونقله ابن الصباغ عن الأصحاب ذكراه في كتاب الطلاق . **والله أعلم**

الطرف الثالث في الحالف ، وهو كل من يتوجه عليه دعوى صحيحة ، وقيل : كل من توجهت عليه دعوى لو أقر لمطلوبها ألزم به ، فإذا أنكر ، حلف عليه ، وقبل منه ، ويستثنى عن هذا الضبط صور ، فنذكرها مع ما يدخل فيه ويخرج منه ، إحداها : يجزيء التحليف في النكاح والطلاق والرجعة والفيأة ، وفي[1] الإيلاء ، وفي العتق والاستيلاد ، والولاء ، والنسب ، ولا تسمع دعوى في حدود الله تعالى، ولا بطلب الجواب ، لأنها ليست حقاً للمدعي ، فإن تعلق به حق آدمي ، بأن قذفه ، فطلب حد القذف ، فقال القاذف : حلفوه انه لم يزن

(١) في الأصل : والإيلاء .

فالأصح أنه يحلف ، كما سبق في المسألة الثالثة من الباب الأول ، فإن حلف ، أقيم على القاذف ، وإن نكل ، وحلف القاذف ، سقط حد القذف ، ولا يثبت بحلفه حد الزنى على المقذوف . ولو ادعى سرقة ماله، سمعت دعواه للمال ، وحلف المدعى عليه ، فإن نكل ، حلف المدعي ، واستحق المال ، ولا يقطع المدعى عليه ، لأن حدود الله تعالى لا تثبت باليمين المردودة ، وإذا أقر بما يوجب حداً ، وادعى شبهة بأن وطىء جارية أبيه ، وقال : ظننتها تحل لي ، وهو ممن يجوز أن يشتبه عليه مثله، حلف وسقط بحلفه الحد ، ولزم المهر ، وتسمع الدعوى. ويجري التحليف في القصاص وحد القذف ، وكذا في الشتم ، والضرب الموجبين للتعزير .

الثانية : ادعى على القاضي أنه ظلمه في الحكم ، أو على الشاهد أنه تعمد الكذب أو الغلط ، أو ادعى عليه ما يسقط شهادته ، لم يحلفا ؛ لارتفاع منصبهما عن التحليف ، وقد سبق هذا في الباب الأول ، وفي أول أدب القضاء ، ولو ادعى على المعزول أنه حكم أيام قضائه عليه ظلماً ، وأنكر ، فقد سبق وجهان[1] في أنه يحلف أم يصدق بلا يمين وهو الأصح ، هذا في دعوى تتعلق بالحكم ، وأما مالا يتعلق بالحكم ؛ كدعوى مال وغيره ، فهو كسائر الناس في الخصومات الشرعية يحكم فيها بينه وبين المدعي خليفته ؛ أو قاض آخر .

الثالثة : الصبي إذا ادعى البلوغ بالاحتلام في وقت الإمكان ، صدق بلا يمين . كما سبق في الإقرار . ومن ادعى عليه بشيء ، فقال : أنا صبي بعد وهو محتمل . لم يحلف . وتوقف الخصومة حتى يبلغ ؛ وإن وقع في السبي من أنبت ، وقال : استنبت الشعر بالعلاج ، وأنا غير

---

(١) في الأصل : وجها .

بالغ . بني على القولين السابقين في الحجر أن إنبات العانة نفس البلوغ أم علامته ، إن قلنا بالأول ، فلا حاصل لكلامه ؛ وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر فالمنصوص المعروف في المذهب أنه يحلف وهو مشكل من جهة أنه يدعي الصبى ؛ وتحليف من يدعي الصبى لا وجه له ؛ كما سبق في الإقرار ، فقال ابن القطان والقفال : هذا التحليف احتياط واستظهار، ومقتضى كلام الجمهور أنه واجب ، وصرح به الروياني ، ونفى الخلاف فيه ، واعتمدوا في تحليفه الإنبات ، وقالوا : كيف تترك الدليل الظاهر بزعم مجرد ؟ فإذا حلف ، ألحق بالصبيان ، وحقن دمه ، وإن نكل ، فالمنصوص أنه يقتل ، والثاني : يخلى ، والثالث : يحبس حتى يحلف أو يقر ، والرابع : يحبس حتى يتحقق بلوغه ، ثم يحلف على ما ادعاه من الاستعجال ، فإن لم يحلف قتلناه .

الرابعة : ادعى رجل ديناً على ميت ، أو أنه أوصى له بشيء ، وللميت وصي في قضاء دينه ، وتنفيذ وصاياه ، فأنكر ، فإن كان للمدعي بينة ، حكم بها ، وإن لم يكن وأراد تحليف الوصي على نفي العلم ؛ لم يمكن ، لأن مقصود التحليف أن يقر ، والوصي لا يقبل إقراره بالدين والوصية ، فلا معنى لتحليفه ، فلو كان وارثاً ، حلف بحق الوراثة وقَيِّمُ القاضي كالوصي .

فرع

على إنسان حق لرجل ، فطلبه به رجل ، وزعم أنه وكيل المستحق، ولم يقم بينة ، وأراد تحليفه على نفي العلم بالوكالة ، لم يكن له[1] ، لأنه لو اعترف بالوكالة ، لم يلزمه تسليم الحق ، هذا هو المذهب ، وسبق في الوكالة وجه أنه يلزمه التسليم ، وعلى هذا له تحليفه ، وان

---

(١) في نسخ الظاهرية : لم يمكن .

له تحليفه ، وإن لم يلزمه التسليم باعترافه إذا قلنا : اليمين المردودة كالبينة .

فرع

هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم ؟ وجهان ، حكاهما الإمام عن القاضي حسين اشتراطه ، وغيره منعه ؛ وقد سبق في الوكالة أن الإمام حكى عن القاضي حسين أنه إذا كان الخصم غائباً ، نصب الحاكم مسخراً عنه ، كان المراد هنا إذا كان حاضراً في البلد ، وهناك إذا كان غائباً ، والأصح سماع البينة من غير حاجة إلى حضوره ، ولا إلى نصب مسخر ، ولو وكل بالخصومة في مجلس الحكم ، استغنى عن حجة يقيمها إن كان الخصم حاضراً فإن لم يكن ؛ فيبنى على أن القاضي هل يقضي بعلمه ؟

الطرف الرابع : فائدة اليمين وحكمها ، وهو انقطاع الخصومة، والمطالبة في الحال ، لاسقوط الحق وبراءة الذمة ، فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه ، سمعت ، وقضى بها ، وكذا لو ردت اليمين على المدعي ، فنكل ، ثم أقام بينة ، وهذا إذا لم يتعرض وقت التحليف للبينة ، فإن كان قال حينئذ : لا بينة لي حاضرة ولا غائبة ، فهذه[1] الصورة ذكرناها في الطرف الثاني من الباب الثاني من أدب القضاء مضمومة إلى مالو اقتصر على قوله : لا بينة لي ، وفيهما خلاف ،والأصح السماع أيضاً ، وذكرنا هناك أنه لو قال : لا بينة لي حاضرة ، ثم أقام بينة سمعت ، فلعلها حضرت ، وأنه لو قال : لي بينة ولا أقيمها ، بل أردت يمينه ، أجابه القاضي ، وحلف المدعى عليه ، هذا هو الأصح . وفي فتاوى القفال أنه لا يجيبه ، بل يقول : أحضر البينة .

---

(١) في الأصل : وهذه .

فرع

أقام المدعي بدعواه شهوداً ، ثم قال : كذب شهودي ، أو شهدوا مبطلين ، فلا شك في سقوط بينته ، وامتناع الحكم ، وفي بطلان دعواه وجهان ، أحدهما : يبطل ، كما لو كذب نفسه ، فليس له أن يقيم بعد ذلك بينة أخرى ، وأصحهما : لا ، لاحتمال كونه محقاً في دعواه والشهود مبطلين لشهادتهم بمالا يعلمون ، وفي مثل هذا قال الله تعالى : (والله يعلم إنك لرسوله ، والله يشهد إن المنافقين لكاذبون)[1] وبني على الوجهين مالو أقام المدعي شهوداً ، فزعم المدعى عليه أن المدعي أقر بأن شهوده كذبة ، وأقام عليه شاهداً ، وأراد أن يحلف معه هل يمكن، ويحكم بشاهده ويمينه ، إن قلنا : هذا الإقرار لايبطل أصل الدعوى ، فلا ، لأن المقصود حينئذ الطعن في الشهود ، وإخراج شهادتهم عن أن يحكم بها ، وجرح الشهود ، والطعن فيهم لايثبت بشاهد ويمين ، وإن كانت الشهادة بمال ، وإن قلنا : يبطلها ، مكن ، لأن المقصود حينئذ إسقاط[2] الدعوى بالمال ، فهو كادعاء الإبراء بشاهد ويمين .

فروع

في فتاوى القفال وغيره : أقام شاهدين في حادثة ، وكانا استباعا الدار منه ، بطلت شهادتهما ، ولو أقام شاهدين بأن هذه الدار ملكه ، وأقام المشهود عليه شاهدين بأن شاهدي المدعي قالا : لاشهادة لنا في ذلك سألهما الحاكم متى قال ذلك شاهدي المدعي ؟ فإن قالا : قالاه أمس ، أو من شهر ، لم تندفع شهادتهما بذلك ، لأنهما قد لايكونان شاهدين ، ثم يصيران . وإن قالا : قالا حين تصديا لإقامة الشهادة ،

(١) سورة المنافقين : ١ .

(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : سماع .

اندفعت شهادتهما • ولو أقام المشهود عليه بشاهدين أن المدعي ، أقر بأن شاهديه شربا الخمر وقت كذا ، فإن طالت المـــدة بينه وبين أداء الشهادة ، لم يقتض ذلك رد الشهادة ، وإن قصرت ، ردت شهادتهما ، وإن شهدا أنه أقر بأنهما شربا الخمر من غير تعيين وقت ، سئل المدعي عن وقته ، وحكم بما يقتضيه تعيينه ، ولو أقام المدعي بينة ، ثم قال للقاضي : لاتحكم بشيء حتى تحلفه ، بطلت بينته ، لأنه كالمعترف بأنها بما[1] لا يجوز الحكم بها •

قلت : هذا مشكل[2] ، فقد يقصد تحليفه ليقيم البينة ، ويظهر إقدامه على يمين فاجرة ، أو غير ذلك من المقاصد التي لاتقتضي قدحاً في البينة ، فينبغي أن لاتبطل البينة • **والله أعلم**

فصـــل

إذا طلب المدعي يمين المدعى عليه عند الحاكم ، فقال للحاكم : قد حلفني مرة على هذا بطلبه ، فليس لـــه تحليفي ، فإن حفظ القـــاضي ما قاله ، لم يحلفه ، ومنع المدعي مما طلب ، وإن لم يحفظه ، حلفه ، ولا ينفعه إقامة البينة عليه ، لما سبق أن القاضي متى تذكر حكمه أمضاه ، وإلا فلا يعتمد بينة ، وعن ابن القاص جواز سماع البينة فيه ، حكـــاه الهروي ومقتضاه الطرد في كل باب ، وإن قال : حلفني عند قاض آخر وأطلق ، وأراد تحليفه على ذلك ، فوجهان ، قال ابن القاص بالمنـــع ، إذ لا يؤمن أن يدعي المدعي أنه حلفه على أنه ما حلفه ، وهكذا فيدور الأمر ، ولا ينفصل ، وأصحهما ، وبه قطع البغوي وغيره يمكن منه ، لأنه محتمل غـــير مستبعد ، ولا يسمع مثل ذلـــك من المدعي ، لئـــلا

---

(1) في الأصل : فيما .
(2) في الأصل : قد اشكل .

يتسلسل ، فعلى هذا إن كانت له بينة أقامها وتخلص عن الخصومة ، وإن استمهل ليقيم ، فقياس البينات الدوافع أن يمهل ثلاثة أيام ، وعن القاضي حسين أنه لايمهل أكثر من يوم ، وإن لم يكن بينــة ، حلف المدعي أنه ما حلفه ، ثم يطلب المال ، فإن نكل ، حلف المدعى عليه ، وسقطت الدعوى • فلو أراد أن يحلف يمين الأصل لايمين التحليف المردودة عليه ، قال البغوي : ليس له ذلك إلا بعد استئناف الدعوى ، لأنها الآن في دعوى أخرى • ولو قال المدعي في جواب المدعى عليه : حلفني مرة على أني ماحلفته ، وأراد تحليفه ، لم يجب ، لأنه يؤدي إلى مالا يتناهى ، ولو ادعى مالاً على رجل ، فأنكر وحلف ، ثم قال المدعي بعد أيام : حلفت يومئذ ، لأنك كنت معسراً لايلزمك تسليم شيء إلي وقد أيسرت الآن ، فهل يسمع لإمكانه ، أم لا لئلا يتسلسل ؟ وجهان •

قلت : الأصح أنه يسمع إلا إذا تكرر • **والله أعلم**

فرع

إنما يحلف المدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه ، فإن لم يطلب ، ولم يقلع عن المخاصمة ، لم يحلفه القاضي ، ولو حلف لم يعتد بتلك اليمين ، وقال القفال الشاشي : لايتوقف التحليف على طلبه ، والصحيح الأول ؛ ولو امتنع من تحليفه بالدعوى السابقة ، جاز ، لأنه لم يسقط حقه من اليمين ، فإن قال : أبرأتك عن اليمين ، سقط حقه من اليمين في هذه الدعوى ، وله استئناف الدعوى وتحليفه •

الباب الرابع في النكول

إذا أنكر المدعى عليه ، واستحلف ، فنكل عن اليمين ، لم يقض عليه بالنكول ، بل ترد على المدعي ، فإن حلف قضى له ، فإن لم يعرف المدعي ، تحول اليمين إليه بنكول المدعى عليه ، عرفه القاضي ، وبين أنه إن حلف استحق ، وإنما يحصل النكول بأن

يعرض القاضي اليمين عليه ، فيمتنع ، وفسر العرض بأن يقول : قل والله ، والامتناع بأن يقول : لا أحلف ، أو أنا ناكل ، قال الإمام : قوله : قل : والله ليس أمراً جازماً ، وإنما المراد بيان وقت اليمين المعتمد بها على المدعي ، ولو قال : أتحلف بالله ، وقال : لا ، فليس بنكول . ولو بدر حين سمع هذه الكلمة وحلف ، لم يعتد بيمينه ، لأنه استنجاز لا استحلاف • ولو قال له : احلف ، فقال : لا أحلف ، قال البغوي : ليس بنكول ، وقال الإمام : نكول وهو أوضح ، ولا فرق بين قوله : قل : بالله ، وقوله : احلف بالله ، ولو استحلف ، فلم يحلف ، ولا تلفظ بأنه ناكل أو ممتنع ، فسكوته نكول ، كما أن السكوت عن الجواب في الابتداء يجعل كالإنكار ، ثم ذكر الإمام وغيره أنه إن صرح بالنكول، لم يشترط حكم القاضي بأنه ناكل ، وإن سكت حكم القاضي بأنه ناكل ليرتب عليه رد اليمين ، وقول القاضي للمدعي : احلف نازل منزلة قوله : حكمت بأن المدعى عليه ناكل ، وإنما يحكم بأنه ناكل بالسكوت إذا لم يظهر كون السكوت لدهشة وغباوة ونحوهما ، ويستحب للقاضي أن يعرض[1] اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات ، والاستحباب فيما إذا سكت أكثر منه فيما إذا صرح بالنكول ، ولو تفرس فيه سلامة جانب ، شرح له حكم النكول ، وإن لم يشرح ، وحكم بأنه ناكل ، وقال المدعى عليه : لم أعرف النكول ، ففي نفوذ الحكم احتمالان للإمام أصحهما النفوذ • وكان من حقه أن يسأل ويعرف قبل أن ينكل ، ولو أراد المدعى عليه بعد الامتناع أن يعود ، فيحلف ، نظر إن كان ذلك بعد أن حكم القاضي بأنه ناكل ، أو قال للمدعي : احلف، لم يكن له الحلف ، وإن أقبل عليه ليحلفه ، ولم يقبل بعد ما حلف ، فهل هو كما لو قال : احلف ؟ وجهان ، وإن لم يجر شيء من ذلك ، فله

---

(١) في الأصل : يعرف .

الحلف حتى لو هرب المدعى عليه قبل أن يحكم القاضي بأنه ناكل ، وقبل أن يعرض اليمين على المدعي ، لم يكن للمدعي أن يحلف اليمين المردودة ، وكان للمدعى عليه أن يحلف إذا عاد ، هكذا أطلق البغوي وغيره ، ومقتضاه التسوية بين التصريح بالنكول ، وبين السكوت حتى لايمتنع من العود إلى اليمين في الحالين إلا بعد الحكم بالنكول ، أو بعد عرض اليمين على المدعي ، وفي التصريح احتمال ، وحيث منعناه العود إلى الحلف ، فذلك إذا لم يرض به المدعي ، فإن رضي ، فله العود إليه على الأصح ، لأن الحق لايعدوهما ، فلو رضي بأن يحلف المدعى عليه والحالة هذه ، فلم يحلف ، لم يكن للمدعي أن يعود إلى يمين الرد ، لأنه أبطل حقه برضاه بيمين المدعى عليه •

فرع

نقل الروياني أن قول القاضي للمدعي : أتحلف أنت ؟ كقوله : احلف حتى لايتمكن المدعى عليه من الحلف بعد ذلك ، قال : وعندي فيه نظر •

فصل (١)

المدعي إذا ردت اليمين عليه قد يحلف ، وقد يمتنع ، فإن حلف ، استحق المدعى ، وهل يمينه بعد نكول المدعى عليه كالبينة ، أم كالإقرار المدعى عليه ؟ فيه قولان ، أظهرهما الثاني ، ويتفرع عليهما مسائل كثيرة مذكورة في مواضعها • ومنها أن المدعى عليه لو أقام بينة بالأداء ، أو الإبراء بعد ما حلف المدعي ، فإن قلنا : يمينه كالبينة ، سمعت بينة المدعى عليه ، وإن قلنا : كالإقرار ، فلا ، لكونه مكذباً للبينة بالإقرار ،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فرع .

وهل يجب الحق بفراغ المدعي من اليمين المردودة ، أم لابد من حكم الحاكم بالحق ؟ وجهان ، حكاهما الهروي ، الأرجح الأول ، أما إذا امتنع المدعي من الحلف ، فيسأله القاضي عن امتناعه ، فإن لم يتعلل بشيء أو قال : لا أريد الحلف ، فهذا نكول يسقط حقه من اليمين ، وليس له مطالبة الخصم وملازمته ، وهل يتمكن من استئناف الدعوى، وتحليفه في مجلس آخر ، فإن نكل ، حلف المدعي ، أم لايتمكن من ذلك ، ولا ينفعه بعده إلا البينة ؟ وجهان ، الذي ذكره العراقيون ، والهروي ، والروياني الأول ، وبالثاني قال الإمام والغزالي والبغوي ، وهو أحسن وأصح ، لئلا تتكرر دعواه في القضية الواحدة ، وإن ذكر المدعي لامتناعه سبباً ، فقال : أريد أن آتي بالبينة أو أسأل الفقهاء ، أو أنظر[1] في الحساب ، ترك ولم يبطل حقه من اليمين ، وهل تقدر مدة الإمهال بثلاثة أيام ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، لئلا تطول مدافعته، والثاني : لا تقدير ، لأن اليمين حقه ، فله تأخيره إلى أن يشاء كالبينة . ولم يذكر الشافعي رحمه الله فيما إذا امتنع المدعى عليه من اليمين أنه يسأل عن سبب امتناعه ، فقال ابن القاص : قياس ما ذكره في امتناع المدعي أن يسأل المدعى عليه عن سبب امتناعه أيضاً ، وامتنع عامة الأصحاب من هذا الإلحاق فارقين بأن امتناع المدعي عليه أثبت للمدعي حق الحلف ، والحكم بيمينه ، فلا يؤخر حقه بالسؤال ، وامتناع المدعي لايثبت حقاً لغيره ، فلا يضر السؤال . ولو قال المدعى عليه حين استحلف : أمهلوني لأنظر في الحساب ، أو أسأل الفقهاء ، فهل يمهل ثلاثة أيام ، أم لا يمهل شيئاً إلا برضى المدعي ؟ وجهان ، أصحهما وأشهرهما الثاني ، لأنه مقهور محمول على الإقرار ، أو اليمين بخلاف المدعي ، فإنه مختار في طلب حقه وتأخيره ، ولو استمهل المدعى عليه

---

(١) في الأصل : وانظر .

في ابتداء الجواب لينظر في الحساب ، وذكر الهروي أنه ينظر إلى آخر المجلس إن شاء . ولو علل المدعي امتناعه بعذر كما ذكرنا ، ثم عاد بعد مدة ليحلف ، مكن منه ، وإن لم يتذكر القاضي نكول خصمه ، أثبته بالبينة ، وكذا لو أثبت عند قاض آخر نكول خصمه له أن يحلف، وكذا لو نكل المدعى عليه في جواب وكيل المدعي ، ثم حضر الموكل له أن يحلف ، ولا يحتاج إلى استئناف دعوى ، ولو أقام المدعي شاهداً ليحلف معه ، فلم يحلف ، فهو كما لو ارتدت اليمين إليه ، فلم يحلف ، فإن علل امتناعه بعذر ، عاد الوجهان في أنه على خيرته أبداً ، أم لايزاد على ثلاثة أيام ؟ وإن لم يعلل بشيء ، أو صرح بالنكول ، فقد ذكر الغزالي والبغوي أنه يبطل حقه من الحلف ، وليس له العود إليه ، واستمر العراقيون على ما ذكروه هناك ، قال الأصحاب : لو امتنع من الحلف مع شاهده ، واستحلف الخصم ، انقلبت اليمين من جانبه إلى جانب صاحبه ، فليس له أن يعود ويحلف إلا إذا استأنف الدعوى في مجلس آخر ، وأقام الشاهد ، فله أن يحلف معه ، وعلى الأول لاينفعه إلا بينة كاملة .

فصل

ما ذكرناه من أنه يرد اليمين على المدعي ، ولا يقضى على المدعى عليه بالنكول هو الأصل المقرر في المذهب ، لكن قد يتعذر رد اليمين ، وحينئذ من الأصحاب من يقول بالقضاء بالنكول ، وبيانه بصور ، إحداها طولب صاحب المال بالزكاة ، فقال : بادلت بالنصاب في أثناء الحول ، أو دفعت الزكاة إلى ساع آخر ، أو غلط الخارص في الخرص، أو أصاب الثمر جائحة . واتهمه الساعي ، فيحلف على ما يدعيه إيجاباً أو استحباباً على الخلاف السابق في كتاب الزكاة ، فإن نكل ، لم يطالب

بشيء إن قلنا بالاستحباب ، وإن قلنا بالإيجاب ، فإن انحصر المستحقون في البلد ، وقلنا بامتناع النقل ، ردت اليمين عليهم ، وإلا فيتعذر الرد على الساعي والسلطان ، وفيما يفعل أوجه ، أحدها : لايطالب بشيء إذا لم تقم عليه حجة ، والثاني : يحبس حتى يقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ، والثالث إن كان صاحب المال على صورة المدعي بأن قال : أديت في بلد آخر ، أو إلى ساع آخر ، أخذتَ منه الزكاة ، وإن كان على صورة المدعى عليه بأن قال : ما تم حولي أو الذي في يدي لفلان المكاتب ، لم يؤخذ منه . والرابع ـ وهو الأصح الأشهر ـ يؤخذ منه الزكاة ، وكيف سبيله ؟ وجهان قال ابن القاص : هو حكم بالنكول، ورواه عن ابن سريج ، وسببه الضرورة ، وقال الجمهور : ليس حكماً بالنكول ، لكن مقتضى ملك النصاب ، ومقتضى الحول الوجوب ، فإذا لم يثبت دافع ، أخذنا الزكاة .

الثانية : إذا مات ذمي في أثناء السنة ، فهل عليه قسط مامضى، أم لاشيء عليه ؟ قولان سبقا ، فلو غاب ذمي ، ثم عاد مسلماً ، فقال : أسلمت قبل تمام السنة ، فليس علي جزية ، أو ليس تمامها ، وقال عامل الجزية : بل أسلمت بعدها ، فعليك تمام الجزية ، حلف الذي أسلم استحباباً في[1] وجه ، وإيجاباً في وجه ، فإن قلنا بالإيجاب فنكل، فهل يقضى عليه بالجزية ، أم لا يطالب بشيء ، أم يحبس ليقر ، فيؤخذ منه ، أو يحلف ، فيترك ؟ فيه أوجه . قال الإمام : وقيد ابن القاص بما إذا غاب ، ثم عاد مسلماً ، وظاهر هذا أنه لو كان عندنا ، وصادفناه مسلماً بعد السنة ، وادعى أنه أسلم قبل تمامها ، وكتم إسلامه ، لم يقبل قوله ، لأن الظاهر أن من أسلم بدار الإسلام لم يكتمه[2] .

---

(١) في الأصل : وفي ، والواو زائدة .
(٢) في نسخ الظاهرية : لايكتمه .

الثالثة : ولد المرتزقة إذا ادعى البلوغ بالاحتلام ، وطلب إثبات اسمه في الديوان . فوجهان . أحدهما : يصدقه بلا يمين ، لأنه إن كان كاذباً . فكيف نحلفه وهو صبي ؟ وإن كان صادقاً ، وجب تصديقه . وأصحهما : يحلف عند التهمة . فإن نكل ، لم يثبت اسمه إلى أن يظهر بلوغه . ويقرب منه أن من شهد الوقعة من المراهقين إذا ادعى الاحتلام . وطلب سهم المقاتلة ، أعطي إن حلف ، وإلا فوجهان ، أحدهما : يعطى . ثم قيل : هو إعطاء بلا يمين ، لأن احتلامه لايعرف إلا منه . فصدق فيه ، كما تصدق المرأة في الحيض ، ويقع الطلاق المعلق عليه . وقيل : لأن شهود الوقعة تقتضي استحقاقهم السهم ، وأصحهما: لايعطى . قال ابن القاص : وهو قضاء بالنكول ، وقال غيره : إنما لم يعط ، لأن حجته في الإعطاء اليمين ولم توجد .

الرابعة : مات من لاوارث له ، فادعى القاضي ، أو منصوبه ديناً له على رجل وجده في تذكرته ، فأنكر المدعى عليه ، ونكل ، فهل يقضى[1] عليه بالنكول ، ويؤخذ منه المال ، أم يحبس حتى يقر ، أو يحلف ، أم يترك لكن يأثم إن كان معانداً ؟ فيه ثلاثة أوجه ، ويجري فيما لو ادعى ولي صبي ميت على وارثه أنه أوصى بثلثه للفقراء ، وأنكر الوارث، ونكل . ولو ادعى ولي صبي، أو مجنون ديناً له على رجل، فأنكر، ونكل ، ففي رد اليمين على الولي أوجه ، أحدهما : ترد ، لأنه المستوفي، والثاني : لا ، لأن إثبات الحق لغير الحالف بعيد . والثالث : إن ادعى ثبوته بسبب باشره بنفسه ، ردت ، وإلا فلا ، وأجري الخلاف فيما لو أقام شاهداً هل يحلف معه ، وفيما لو ادعي على الولي دين في ذمة

---

(١) في الأصل : فهي يقضى .

الصبي هل يحلف الولي إذا أنكر . والوصي والقيم في ذلك كالولي . ويجري في قيم المسجد والوقف إذا ادعى للمسجد أو للوقف . وأنكر المدعى عليه ، ونكل . وتحليف الولي والصبي سبق لهما ذكر في آخر كتاب الصداق ، ثم ميل الأكثرين إلى ترجيح المنع من الأوجه الثلاثة . ولا بأس بوجه التفصيل . وقد رجحه أبو الحسن العبادي ، وبه أجاب السرخسي في الأمالي ، فإن منعنا رد اليمين إلى الولي والوصي : انتظرنا بلوغ الصبي ، وإفاقة المجنون ، وكتب القاضي المحضر بنكول المدعى عليه ، وتصير اليمين موقوفة على البلوغ ، والإفاقة ، ويعود في قيم المسجد والوقف الوجهان في أنه يقضى بالنكول ، أم يحبس ليحلف أو يقر ، والأصح في مسألة من لاوارث له أن لايقضى بالنكول ، بل يحبس ليحلف أو يقر ، وإنما حكمنا فيما قبلها من الصور بالمال ، لأنه سبق أصل يقتضي الوجوب ، ولم يظهر دافع . ولو ادعى قيم المحجور عليه ، ونكل المدعى عليه ، حلف المحجور عليه أنه يلزمه تسليم هذا المال ، ولكن لايقول إلي ، وقيمه يقول في الدعوى : يلزمك تسليمه إلي .

الخامسة : للقاذف أن يحلف المقذوف أنه لم يزن كما سبق ، فإن نكل ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه يرد اليمين على القاذف ، فإن حلف ، اندفع عنه حد القذف ، وقيل : يسقط بنكوله حد القذف ولا يرد اليمين ، حكاه الهروي .

الباب الخامس في البينة

أما صفة الشهود ، فسبق بيانها في الشهادات ، والمقصود هنا بيان حكم تعارض البينتين ، وتعارضهما قد يقع في الأملاك ، وقد يقع في غيرها ، كالعقود ، والموت ، والوصية ، ويشتمل الباب على أربعة أطراف :

الأول في الأملاك . فإذا تعارضتا فيه ، فإما أن يفقد أسباب الرجحان ، وإما لا . القسم الأول أن يفقد . فإما أن يكون المدعى في يد ثالث ، وإما في أيديهما . ولا يدخل في هذا القسم ما إذا كان في يد أحدهما . لأن ذلك من أسباب الرجحان .

الحالة الأولى : إذا ادعى اثنان عيناً في يد ثالث ، فلا يخفى أن المدعى عليه يحلف لكل واحد منهما يميناً إن ادعاها لنفسه ، ولا بينة لواحد منهما ، وأنه لو اختص أحدهما ببينة على ما يدعيه ، قضي له ، وإن أقام كل واحد بينة . تعارضتا . وفيهما قولان أظهرهما : يسقطان ، فكأنه[1] لا بينة . فيصار إلى التحليف . والثاني : يستعملان ، فينتزع العين ممن هي في يده .

ثم في كيفية الاستعمال ثلاثة أقوال ، أحدها : تقسم العين المدعاة بينهما . والثاني : توقف إلى تبين الأمر أو يصطلحا ، والثالث : يقرع ، فيأخذها من خرجت قرعته . وهل يحتاج معها إلى يمين ؟ قولان ، أحدهما لا ، والقرعة مرجحة لبينته ، والثاني نعم ، والقرعة تجعل أحدهما أحق باليمين . فعلى هذا يحلف من خرجت قرعته أن شهوده شهدوا بالحق . ثم يقضى له . ثم قيل القولان في الأصل فيما إذا لم تتكاذب البينتان صريحاً . فإن تكاذبتا . سقطتا قطعاً ، والأشهر طردهما في الحالين . وصريح التكاذب أن لايمكن الجمع بتأويل ، بأن شهدت إحداهما بقتله في وقت . والأخرى بجناية في ذلك الوقت . فإن أمكن الجمع بتأويل . فليس تكاذباً بأن شهدت هذه أنه ملك زيد ، وهذه أنه ملك عمرو . فإنه يحتمل أن كل واحدة علمت سبباً ، كشراء ووصية ، واستصحب حكمه . أو شهدت هذه بأنه أوصى به لزيد ، وهذه أنه

---

(1) في نسخ الظاهرية : وكانه .

أوصى به لعمرو ، فإنه يحتمل الإيصاء مرتين ، وقيل : القولان إذا لم يمكن الجمع ، فإن أمكن قسم قطعاً ، وقيل : إن لم يمكن سقطتا قطعاً وإلا استعملتا قطعاً ، كما في الوصية . وقيل : يبقى قول التوقيف ، وقيل : لا تجتمع الأقوال الثلاثة بل موضع القسمة إذا أمكن الجمع . والقرعة إذا لم يمكن ، والمذهب ما سبق ، فلو تنازعا في زوجية امرأة ، أقام كل واحد بينة ، وتعارضتا ، فقول السقوط بحاله ، ولا مجال للقسمة ، ولا للقرعة على الأصح ، ويجيء الوقف على الصحيح لو أقر صاحب اليد لأحدهما بعدما أقاما البينتين ، إن قلنا بالسقوط ، قبل إقراره ، وحكم به ، وإن قلنا بالاستعمال ، فوجهان ، أحدهما : يصير المقر له كصاحب يد ، فترجح بينته ، والثاني : لا ، لأن يده بعد البينة مستحقة الإزالة ، وإن أقر قبل تمام البينتين قبل إقراره قطعاً ، وصار المقر له صاحب يد .

الحالة الثانية : أن تكون العين في يدهما ، وادعاها كل واحد ، فإن أقامتا بينتين ، فطريقان ، أحدهما — وبه قال الفوراني والغزالي — يجيء القولان في السقوط والاستعمال ، فإن أسقطنا ، بقي المال في أيديهما كما كان ، وإن استعملنا ، فعلى قول القسمة يجعل بينهما ، ولا يجيء الوقف ، وفي القرعة وجهان ، والثاني — وبه قال ابن الصباغ والبغوي — يجعل المال بينهما ، لأن بينة كل واحد ترجحت في النصف الذي في يده ، والحاصل للفتوى من الطريقين بقاء المال في يدهما كما كان ، ولو شهدت بينة كل واحد له بالنصف الذي في يد صاحبه، حكم القاضي لكل منهما بما في يد صاحبه ، ويكون المال في يدهما أيضاً ، كما كان ، لكن لا لجهة السقوط ، ولا بالترجيح باليد ، ثم قال الأئمة :

من أقام البينة أولاً . وتعرض شهوده للكل ، لم يضر وإن كان صاحب يد في النصف الذي في يده ، وقلنا : بينة صاحب اليد لاتسمع ابتداء كما سيأتي الخلاف فيه إن شاء الله تعالى ، لأن هنا غير مستغن عن البينة للنصف الذي يدعيه ، ثم إذا أقام الثاني البينة على الكل ، سمعت ، وترجحت بينته في النصف الذي في يده ، فيحتاج الأول إلى إعادة البينة للنصف الذي في يده ، وقال في « الوسيط » : لايبعد أن يتساهل في الإعادة ، وإن كان لأحدهما بينة دون الآخر ، قضى له بالكل ، سواء شهد شهوده بالكل ، أم بالنصف الذي في يد صاحبه ، وإن لم يكن لواحد منهما بينة ، فكل واحد مدع في نصف ، ومدعى عليه في نصف ، فيحلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر ، ولايتعرض واحد منهما في يمينه ، لإثبات ما في يده . بل يقتصر على أنه لاحق لصاحبه فيما في يده ، نص عليه وهو المذهب . ومنه خلاف سبق في باب التحالف في البيع ، فإن حلفا ، أو نكلا ، ترك المال في يدهما كما كان ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، قضى للحالف بالكل . ثم إن حلف الذي بدأ القاضي بتحليفه ، ونكل الآخر بعده ، حلف الأول اليمين المردودة . وإن نكل الأول ، ورغب الثاني في اليمين ، فقد اجتمع عليه يمين النفي للنصف الذي ادعاه صاحبه ، ويمين الإثبات للنصف الذي ادعاه هو ، فهل يكفيه الآن يمين واحد يجمع فيها النفي[1] والإثبات أم لا بد من يمين للنفي ، وأخرى للإثبات ؟ وجهان ، أصحهما: الأول ، فيحلف أن الجميع له ، ولا حق لصاحبه فيه . أو يقول : لاحق له في النصف الذي يدعيه ، والنصف الآخر لي .

(١) في الأصل : للنفي .

فرع

ادعى نصف دار ، وادعى آخر كلها ، وأقام كل واحد بينة ، والدار في يد ثالث ، تعارضتا في النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، سقطتا في النصف الذي فيه التعارض ، وأما النصف الآخر ، ففيه طريقان ، قال ابن سريج، وأبو إسحاق وغيرهما : فيه قولا تبعيض[1] الشهادة ، فإن بعضناها ، سلم ذلك النصف لمدعي الكل . وإلا بطلت في ذلك النصف أيضاً ، وصار كما لو لم تكن بينة، والثاني – وبه قال الشيخ أبو حامد، وصححه الشيخ أبو علي – : يسلم إليه النصف قطعاً ، وإن قلنا بالاستعمال ، سلم النصف لمدعي الكل ، ويقسم النصف الآخر إن قلنا بالقسمة . وإن قلنا بالقرعة أو بالوقف ، أقرع في النصف أو وقف ، ولو تداعيا كذلك ، والدار في يدهما ، فالقول قول مدعي النصف في النصف الذي في يده ، فإن أقام مدعي الكل بينة ، قضي له بالكل ، وإن أقام كل واحد بينة بما يدعيه ، بقيت الدار في يدهما كما كانت . ولو ادعى أحدهما الكل ، والآخر الثلث ، فإن كان في يد ثالث ، فعلى قول السقوط تسقطان في الثلث . وهل تبطل بينة الكل في الثلثين ؟ فيه الطريقان السابقان[2] ، وعلى الاستعمال تجري الأقوال الثلاثة ، وإن كانت في يدهما ، وأقام كل واحد بينة بما يدعي ، فلمدعي الثلث ، لثلث ، والباقي لمدعي الكل .

دار في يد رجل ادعى زيد نصفها ، فصدقه ، وعمرو نصفها ، فكذبه صاحب اليد وزيد معاً ، ولم يدعه أحد منهما لنفسه ، فالنصف

---

(١) في الأصل : تبعض .
(٢) في الأصل : في الطريقين السابقين .

الذي يدعيه المكذب هل يسلم إليه أم يوقف في يد صاحب اليد ، أم ينتزعه ويحفظ إلى ظهور مالكه ؟ فيه ثلاثة أوجه ، حكاها الفوراني •

أقواها الثالث • والله أعلم

فرع

ادعى رجل داراً وآخر ثلثيها ، وآخر نصفها ، ورابع ثلثها ، وهي في يد خامس ، وأقام كل واحد من الأربعة بينة بدعواه ، فلا تعارض في الثلث الذي يختص مدعي الكل بدعواه ، وفي الباقي يقع التعارض ، فالسدس الزائد على النصف يتعارض فيه بينة مدعي الكل ، ومدعي الثلثين ، وفي السدس الزائد على الثلث يتعارض بينهما ، وبين مدعي النصف • وفي الثلث الباقي تتعارض بينات الأربعة ، فإن قلنا بالسقوط، سقطت البينات في الثلثين . وأما الثلث، ففه الطريقان في تبعيض الشهادة، والمذهب أنه يسلم لمدعي الكل ، وإن قلنا بالاستعمال ، فإن قسمنا ، فالسدس الزائد على النصف بين مدعي الكل . ومدعي الثلثين بالسوية، والسدس الزائد على الثلث لهما . ولمدعي النصف أثلاثاً ، والثلث الباقي للأربعة أرباعاً ، فيجعل ستة وثلاثين سهماً لحاجتنا إلى عدد ينقسم سدسه على اثنين وعلى ثلاثة ، فيضرب اثنين في ستة ، ثم في ثلاثة ، فلمدعي الكل ثلثها وهو اثنا عشر . ونصف السدس الزائد على النصف هو ثلاثة . وثلث السدس الزائد على الثلث وهو اثنان ، وربع الثلث الباقي وهو ثلاثة ، فالجملة عشرون وهي خمسة أتساع الدار ، ولمدعي الثلثين ثلاثة من السدس الزائد على النصف ، وسهمان من السدس الزائد على النصف . وسهمان من السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث الباقي ، فالجملة ثمانية هي تسعا الدار ، ولمدعي النصف سهمان من السدس الزائد على الثلث ، وثلاثة من الثلث الباقي ، ولمدعي الثلث ثلاثة

من الثلث الباقي ، وإن قلنا بالقرعة ، أقرع ثلاث مرات ، مرة في السدس الزائد على النصف بين مدعي الكل ، ومدعي الثلين ، وأخرى في السدس الزائد على الثلث بينهما ، وبين مدعي الكل . ومدعي الثلثين ، وأجري في السدس الزائد على الثلث بينهما وبين مدعي النصف، وأجري في الثلث بين الأربعة . وإن قلنا بالوقف توقفنا ، وإن كانت الدار في يد المتداعيين الأربعة ، وأقام كل واحد بينة ، جعلت بينهم أرباعاً لأن بينة كل واحد ترجح في الربع الذي في يده اليد ، وإن لم يكن بينة ، فالقول قول كل واحد في الربع الذي في يده ، فإذا حلفوا كانت بينهم أرباعاً أيضاً .

فرع

دار في يد ثلاثة ، ادعى أحدهم نصفها ، وآخر ثلثها ، وثالث سدسها ، ولا بينة جعلت بينهم أثلاثاً ، نص عليه في « المختصر » واعترض عليه بأن مدعي السدس لايدعي غيره ، فكيف يعطى الثلث ، فأجاب الأصحاب بأن صورة النص فيما إذا ادعى كل واحد منهم استحقاق اليد في جميعها إلا أن الأول يقول : النصف ملكي ، والنصف الآخر لفلان الغائب، وهو في يدي عارية أو وديعة، والآخران يقولان نحو ذلك ، فكل واحد منهم صاحب اليد في الثلث ، وتبقى الدار في أيديهم كما كانت ، ثم جعل نصف الثلث الذي في يد مدعي السدس لذلك الغائب بحكم الإقرار ، فأما إذا اقتصر كل واحد منهم على أن لي منها كذا، فلا يعطي لمدعي السدس إلا السدس، ولا يتحقق بينهم والحالة هذه نزاع ، ولو أقام كل واحد منهم بينة على ما يدعيه لنفسه، حكم المدعي الثلث بالثلث ، لأن له فيه بينة ويداً ، ولمدعي السدس بالسدس لمثل ذلك ، وفيما يحكم به لمدعي النصف وجهان ، أحدهما بالنصف . لأن له في الثلث يداً وبينة ، وفي السدس الباقي بينة .

والآخران لا يدعيانه ، والثاني بالثلث ونصف السدس ، والأول أصح ، وبه أجاب ابن كج والقفال ، ثم مدعي الثلث، ومدعي السدس لا يحتاجان إلى إقامة البينة في الابتداء ، ولكن مدعي النصف يحتاج إلى إقامتها السدس الزائد على ما في يده ، ويتصور إقامة البينة من جهتهم فيما إذا أقام مدعي النصف ، ثم أقام الآخران على نحو ما ذكرنا في الفرع الأول ، ويجوز أن يفرض من مدعي السدس إقامة البينة على أن السدس للغائب مع إقامة البينة على أن السدس له بناء على أن المدعى عليه إذا أقر بما في يده للغائب يجوز له إقامة البينة على أنه للغائب ، وقد سبق بيانه .

فرع

دار في يد ثلاثة ادعى أحدهم كلها ، وآخر نصفها ، والثالث ثلثها ، وأقام واحد من الأولين بينة بما ادعاه دون الثالث ، فلمدعي الكل الثلث بالبينة وباليد ، ولمدعي النصف كذلك ، ثم لمدعي الكل أيضاً نصف ما في يد الثالث[1] ببينته السليمة عن المعارض، وفي النصف الآخر تتعارض بينته وبينة مدعي النصف ، فإن قلنا بالسقوط ، فالقول قول الثالث في هذا السدس ، وفي بطلان البينتين فيما سوى هذا السدس الطريقان السابقان في تبعيض الشهادة ، وإن قلنا بالاستعمال ، لم[2] الإقراع والتوقف ، وإن قلنا بالقسم ، قسم بينهما هذا السدس بالسوية ، فيصير لمدعي الكل النصف ونصف سدس ، ولمدعي النصف الباقي هكذا أورد المسألة الشيخ أبو علي وغيره .

القسم الثاني أن تتعارض البينتان ، وهناك ما يرجح أحدهما ، فيعمل بالراجحة ، وللرجحان أسباب : أحدها أن تختص ، إحداهما

---

(١) في الأصل : الثلث .

(٢) الكلمة مطموسة في الأصل ، ولم نتبينها ، وهي في إحدى نسخ الظاهرية . يخف ، وفي الأخرى : يجب .

بزيادة قوة ، وفيه صور إحداها : لو أقام أحدهما شاهدين ، والآخر شاهداً ، وحلف معه ، فقولان ، أحدهما : يتعادلان ، وأظهرهما : يرجح الشاهدان ، لأنهاحجة بالإجماع ، وأبعد عن تهمته بالكذب في يمينه ، فعلى هذا لو كان مع صاحب الشاهد واليمين يد ، فهل يرجح صاحب اليد ، أم صاحب الشاهدين ، أم يتعادلان ؟ أوجه ، أصحها الأول ، وحكى البغوي الأولين قولين .

الثانية : لو زاد عدد الشهود في أحد الجانبين ، أو زاد ورعهم. فالمذهب أنه لاترجيح ، وقيل قولان، وفي الرواية يثبت الترجيح بذلك. وقيل : هي كالشهادة ، والمذهب الفرق ، لأن للشهادة[1] نصاباً فيتبع.

ولا ضبط للرواية ، فيعمل بأرجح الظنين .

الثالثة : أقام أحدهما رجلاً وامرأتين ، والآخر رجلين : فلا يرجح الرجلان[2] على المذهب ، وقيل : قولان ، السبب الثاني : اليد . فإذا ادعى عيناً في يد غيره ، وأقام بينة أنها ملكه ، وأقام من هي في يده بينة أنها ملكه ، رجحت بينة من هي في يده على بينة الخارج ، وهل[3] يشترط في سماع بينة الداخل أن يبين سبب الملك من شراء أو إرث وغيرهما ؟ وجهان ، أحدهما : نعم لأنهما ربما اعتمدا ظاهر اليد ، وأصحهما : لا ، كبينة الخارج ، فإنها تسمع مطلقة مع احتمال أنهم اعتمدوا يداً[4] سابقة ، ولا فرق في ترجيح بينة الداخل بين أن يبين الداخل والخارج سبب الملك أو يطلقا[5] ، ولا بين إسناد البينتين ،

---

(١) في الأصل : الشهادة .
(٢) في الأصل : ترجيح للرجلان .
(٣) في الأصل : وهذا .
(٤) في الأصل : يد .
(٥) في الأصل : مطلقا .

وإطلاقهما إذا سمعنا بينة الداخل مطلقة . ولو تعرضنا للسبب ، فلا فرق بين أن يتفق السببان ، أو يختلفا ، ولا بين إن يسند الملك إلى شخص ، بأن يقول : كل واحد اشتريته من زيد ، أو يسند إلى شخصين وفيما إذا أسند إلى شخص واحد أنهما يتساويان ، لأنهما اتفقا على أن اليد كانت لثالث ، وكل واحد يدعي الانتقال منه .

فرع

متى تسمع بينة الداخل ، لها أربعة أحوال ، أحدها : أن يقيمها قبل أن يدعى عليه شيء ، فالصحيح أنها لاتسمع ، لأن البينة إنما تقام على خصم ، وقيل : تسمع لغرض التسجيل . الثاني : يقيمها بعد الدعوى عليه ، وقبل أن يقيم المدعي بينة ، فالأصح أنها لاتسمع أيضاً ، لأن الأصل في جانبه اليمين ، فلا يعدل عنها ما دامت كافية ، وقال ابن سريج : تسمع بينته لدفع اليمين كالمودع تسمع بينته[1] على الرد والتلف ، وإن كفته اليمين . الثالث : يقيمها بعد أن أقام الخارج البينة، لكن قبل أن يعدلها ، فوجهان ، أحدهما : لا تسمع ، لأنه مستغن عنها بعد . وأصحهما تسمع ، ويحكم بها ، لأن يده بعد البينة معرضة للزوال ، فيحتاج إلى تأكيدها . الرابع : يقيمها بعد بينة المدعي وتعديلها، فقد أقامها في أوان إقامتها . فإن لم يقمها حتى قضى القاضي للمدعي ، وسلم المال إليه ، نظر إن لم يسند الملك إلى ما قبل إزالة اليد، فهو الآن مدع خارج ، وإن أسنده ، واعتذر بغيبة الشهود ونحوها ، فهل تسمع بينته . وهل تقدم باليد المزالة بالقضاء ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، وينقض القضاء الأول ، لأنها إنما أزيلت ، لعدم الحجة ، وقد ظهرت الحجة ، فلو أقام البينة بعد الحكم للمدعي ، وقبل التسليم إليه ، سمعت بينته ، وقدمت على الصحيح لبقاء اليد حساً .

---

(1) في الأصل : يمينه .

فرع

هل يشترط أن يحلف الداخل مع بينته ، ليقضى له ؟ وجهان ، أو قولان ، أصحهما : لا ، كما لا يحلف الخارج مع بينته ، وبنوا الخلاف على خلاف في أن القضاء للداخل باليد ، أم بالبينة المرجحة باليد ، إن قلنا باليد ، حلف ، وإلا فلا .

فرع

إذا أطلق الخارج دعوى الملك ، وأقام بينة ، وقال الداخل : هو ملكي اشتريته منك ، وأقام به بينة ، فالداخل أولى ، لأن مع بينته زيادة علم ، وهو الانتقال ، ولأنه عند الإطلاق مقدم ، فهنا أولى ، ولو قال الخارج : هو ملكي ورثته من أبي ، وقال الداخل : ملكي اشتريته من أبيك ، فكذلك الحكم ، ولو انعكست الصورة ، فقال الخارج : هو ملكي ، اشتريته منك ، وأقام بينة ، وأقام الداخل بينة أنه ملكه ، فالخارج أولى لزيادة علم بينته ، ولو قال كل واحد لصاحبه : اشتريته منك ، وأقام به بينة ، وخفي التاريخ ، فالداخل أولى ، ثم في الصورة الأولى ، وهي أن يطلق الخارج ، ويقول الداخل : اشتريته منك لاتزال يد الداخل قبل إقامته البينة . وقال القاضي حسين : تزال ، ويؤمر بالتسليم إلى المدعي ، لاعترافه بأنه كان له ، ثم يثبت ما يدعيه من الشراء ، والصحيح الأول ، لأن البينة إذا كانت حاضرة ، فالتأخير إلى إقامتها سهل ، فلا معنى للانتزاع والرد ، فلو زعم أن بينته غائبة لم يتوقف ، بل يؤمر في الحال بالتسليم ، ثم إن أثبت ما يدعيه،استرد، ويجري الخلاف فيما لو ادعى ديناً ، فقال المدعى عليه : أبرأني ،وأراد إقامة البينة ، لا يكلف توفية الدين على قول الأكثرين ، وعلى قول القاضي يكلف ، ثم إن أثبت ما يقول ، استرد .

فصل

من أقر بعين لرجل ، ثم ادعاها لاتسمع دعواه إلا أن تذكر تلقي الملك منه ، ولو أخذت منه ببينة ، ثم ادعاها هل يحتاج إلى ذكر التلقي ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأنه صار مؤاخذاً بالبينة ، كما لو أقر ، وأصحهما : لا ، كالأجنبي[1] ، ولا خلاف أنه لو ادعى عليه أجنبي وأطلق ، سمعت .

فروع

أكثرها عن ابن سريج رحمه الله . أقام الخارج بينة أن هذه العين ملكي غصبها مني الداخل ، أو قال : أجرتها له ، أو أودعها عنده ، وأقام الداخل بينة أنها ملكه ، فهل يقدم الخارج أم الداخل ؟ وجهان ، الأصح : لخارج ، وبه قال ابن سريج ، وصححه العراقيون ، وبه أجاب الهروي ، وخالفهم البغوي ، فصحح تقديم الداخل ، فلو لم تكن بينة ، ونكل الداخل عن اليمين ، فحلف الخارج ، وحكم له ، ثم جاء الداخل ببينة ، سمعت على الصحيح ، كما لو أقامها بعد بينة الخارج ، وقيل : لاتسمع بناء على أن اليمين المردودة كالإقرار ، ولو تنازعا شاة مذبوحة في يد أحدهما رأسها وجلدها وسواقطها ، وفي يد الآخر باقيها ، وأقام كل واحد بينة أن الشاة له ، قضي لكل واحد بما في يده ، ولو كان في يد كل واحد شاة ، فادعى كل واحد أن الشاتين له ، وأقاما بينتين تعارضتا ، فلكل واحد التي في يده ، لاعتقاد بينته باليد . وإن أقام كل واحد بينة أن التي في يد الآخر ملكه قضي لكل واحد بما في يد الآخر .

السبب الثالث : اشتمال أحدهما على زيادة تاريخ ، فإذا أرختا ، نظر إن اتفق تاريخهما ، فلا ترجيح ، وإن اختلف ، بأن شهدت بينة

---

(١) في الأصل : كما لو أقره لأجنبي .

زيد أنه ملكه منذ سنة ، وبينة عمرو أنه ملكه منذ سنتين ، فهل تتعارضان ، أم يقدم أسبقهما تاريخاً ؟ طريقان : المذهب التقديم . ويطرد الخلاف في بينتي شخصين تنازعا نكاح امرأة إذا اختلف تاريخهما ، وفيما إذا تعارضتا مع اختلاف التاريخ لسبب الملك : بأن أقام أحدهما بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، والآخر أنه اشتراه من عمرو منذ سنتين ، فلو نسبا العقدين إلى شخص واحد ، فأقام هذا بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنة ، وذاك بينة أنه اشتراه من زيد منذ سنتين ، فالسابق أولى بلا خلاف ، وطردوا الخلاف أيضاً فيما إذا تنازعا أرضاً مزروعة ، فأقام أحدهما بينةأنها أرضه زرعها ، والآخر أنها ملكه مطلقاً ، لأن بينة الزرع تثبت الملك من وقت الزراعة . هكذا ذكره البغوي ، وفيه تصريح بأن سبق التاريخ لايشترط أن يكون بزمان معلوم حتى لو قامت بينة أنه ملكه منذ سنة ، وبينة الآخر أنه ملكه من أكثر من سنة كان فيه الخلاف ، فإن رجحنا بسبق التاريخ ، حكمنا بها لصاحب السبق ، وله الأجرة والزيادات الحادثة من يومئذ . وإن لم نرجح به،ففيه الخلافالسابق في أصل التعارض، وإن كانت إحداها[1] مؤرخة ، والأخرى مطلقة ، فالمذهبأنهما سواء فتتعارضان[2] ، وقيل: تقدم المؤرخة . ولو تنازعا دابة ، فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، والآخر بينة أنها ملكه ، وهو الذي نتجها ، قال الأكثرون : هو على الخلاف في سبق التاريخ ، وطردوه في كل بينتين أطلقت إحداهما الملك ، ونصت[3] الأخرى على سببه من إرث وشراء وغيره ، وقيل : تقدم بينة النتاج قطعاً ، لأنها تثبت ابتداء الملك له ، والتي سبق تاريخها لاتثبت ابتداء ملكه ، وهذا التوجيه يقتضي اطراد الطريقين فيما لو تنازعا ثمرةوحنطة،

---

(١) في الأصل : كان احدهما .
(٢) في الأصل : فتعارضا .
(٣) في الأصل : ونصبت .

فشهدت إحداهما بأنها حدثت من شجرته ، أو بذرته ، ولا يقتضي جريان القطع فيما لو تعرضت إحداهما للشراء وسائر الأسباب ، لأنها لاتوجب ابتداء ملكه ، ثم المسألة من أصلها مفروضة فيما إذا كان المدعى في يد ثالث ، فلو كان في يد أحدهما ، وقامت بينتان مختلفتا التاريخ ، فإن كانت بينة الداخل أسبق تاريخاً ، قدمت قطعاً ، وإن كانت بينة الخارج أسبق ، فإن لم نجعل سبق التاريخ مرجحاً ، قدم الداخل ، وإن جعلناه مرجحاً ، فهل يقدم الداخل أم الخارج ، أم يتساويان ؟ أوجه ، أصحها : الأول .

فصل

ادعى داراً ، أو عبداً ، أو نحوه في يد رجل ، فشهدت له بينة بالملك في الشهر الماضي ، أو بالأمس ، ولم يتعرض للحال ، نقل المزني والربيع أنها لا تسمع ، ولا يحكم بها ، ونقل البويطي أنها تسمع ، ويحكم بها ، وقال الجمهور : هما قولان ، أظهرهما ، المنع ، والطريق الثاني القطع بالمنع ، ويجري الخلاف فيما لو ادعى اليد ، وشهدوا أنه كان في يده أمس ، فإذا قلنا بالمنع ، فينبغي للشاهد أن يشهد على الملك في الحال ، أو يقول : كان ملكه ولم يزل ، أولا أعلم له مزيلاً ، ولا يجوز أن يشهد بالملك في الحال استصحاباً لحكم ما عرفه من قبل ، كشراء وإرث وغيرهما ، وإن احتمل زواله ، فلو صرح في شهادته أنه يعتمد الاستصحاب ، فوجهان ، قال الغزالي : قال الأصحاب : لا يقبل ، كما لا تقبل شهادة الرضاع على امتصاص الثدي ، وحركة الحلقوم . وقال القاضي حسين : تقبل ، لأنا نعلم أنه لا مستند له سواه ، ولو قال : لا أدري أزال ملكه ، أم لا ، لم يقبل قطعاً ، لأنها صيغة مرتاب بعيدة عن أداء الشهادة ، ولو شهدت بينة بأنه أقر أمس للمدعي بالملك، قبلت الشهادة ، واستديم حكم الإقرار ، وإن لم يصرح الشاهد بالملك

في الحال، وقيل بطرد القولين، والمذهب الأول لئلا تبطل فائدة الأقارير •

ولو قال المدعى عليه : كان ملكك أمس ، فوجهان ، أحدهما : لا يؤاخذ به ، كما لو قامت بينة بأنه كان ملكه أمس ، وأصحهما ، وبه قطع ابن الصباغ : يؤاخذ ، فينتزع منه ، كما لو شهدت البينة أنه أقر أمس ، والفرق أن الإقرار لا يكون إلا عن تحقيق ، والشاهد قد يتساهل ويخمن ، فلو أسند الشهادة إلى تحقيق ، بأن قال الشاهد : هو ملكه بالأمس ، اشتراه من المدعي عليه بالأمس ، أو أقر له به المدعى عليه بالأمس ، قبلت الشهادة ، ولو قال : كان في يدك أمس ، فهل يؤاخذ بإقراره ؟ وجهان ، حكاهما ابن الصباغ •

قلت : الأصح المنع • **والله أعلم**

فاذا عرفت ما يحتاج إليه الشاهد إلى التعرض له على قولنا : لا تسمع الشهادة على الملك السابق ، فكذلك إذا قلنا : الشهادة على اليد السابقة لا تسمع ، فينبغي أن يتعرض الشاهد لزيادة ، فيقول : كان في يد المدعي ، وأخذه المدعى عليه منه ، أو غصبه ، أو قهره عليه ، أو بعث العبد في شغل ، فأبق منه ، فاعترضه هذا ، وأخذه ، فحينئذ تقبل الشهادة ، ويقضى بها للمدعي ، ويجعل صاحب يد •

فرع

قد ذكرنا أن الشهود لو قالوا : ولا نعلم زوال ملكه ، قبلت شهادتهم ، ثم نقل ابن المنذر أن الشافعي رحمه الله قال : يحلف المدعي مع البينة ، فإن ذكروا مع ذلك أنه غاصب ، فلا حاجة إلى اليمين ، قال الهروي : هذا غريب •

فرع

دار في يد رجل ادعاها آخران ، وأقام أحدهما بينة أنها له ،

غصبها منه المدعى عليه ، وأقام الآخر بينة أن من[1] في يده أقر بها له ، فلا منافاة بينهما ، فثبت الملك والغصب بالبينة الأولى ، ويلغو[2] إقرار الغاصب لغير المغصوب منه .

فصل

بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك له . ولكنها تظهره فيجب أن يكون الملك سابقاً على إقامتها . لكن لا يشترط السبق بزمان طويل يكفي صدق الشهود لحظة لطيفة . ولا يقدر ما لا ضرورة إليه ، فلو أقام بينة بملك دابة أو شجرة . لم يستحق النتاج والثمرة الحاصلين قبل إقامة البينة . والثمرة الظاهرة عند إقامة البينة تبقى للمدعى عليه ، وفي الحمل الموجود عند إقامتها وجهان ، أصحهما : يستحقه المدعي تبعاً للأم ، كما في العقود . والثاني : لا ، لاحتمال كونه لغير مالك الأم بوصية . ومقتضى هذا الأصل أن[3] من اشترى شيئاً . فادعاه مدع . وأخذه منه بحجة مطلقة لا يرجع على بائعه بالثمن . لاحتمال انتقال الملك من المشتري إلى المدعي . وتكون المبايعة صحيحة مصادفة محلها . لكن الذي أطبق عليه الأصحاب ثبوت الرجوع . بل لو باع المشتري أو وهب . وانتزع المال من المتهب أو المشتري منه . كان للمشتري الأول الرجوع أيضاً . وسبب الحاجة إليه في عهدة العقود . ولأن الأصل أن لا معاملة بين المشتري والمدعي ، ولا انتقال منه . فيستدام الملك المشهود به إلى ما قبل الشراء ، وعن القاضي حسين وجه أنه لا رجوع إذا كان دعوى المدعي ملكاً سابقاً وفاء بالأصل المذكور ، وحمل ما أطلقه

(1) في الأصل : أنهما .
(2) في الأصل : ويل له .
(3) في الأصل : الأصلان .

الأصحاب عليه . وحكى الهروي وجهاً[1] أن قيام البينة يقتضي سبق الملك حتى يكون النتاج للمدعي .

فرع

المشتري من المشتري إذا استحق المال في يده . وانتزع منه . ولم يظفر ببائعه ، هل له أن يطالب الأول بالثمن ؟ في فتاوى القاضي حسين : الأصح أنه لا يطالبه .

فصل

ادعى ملكاً مطلقاً ، فشهد الشهود بالملك . وذكروا سببه . لم يضر ، فلو أراد المدعي تقديم بينته بذكر السبب بناء على أن ذكر السبب مرجح ، لم يكف للترجيح تعرضهم للسبب أولاً . لوقوعه قبل الدعوى والاستشهاد ، بل يدعى الملك وسببه . ثم يعيدون الشهادة ، فحينئذ ترجح بينته ، وقيل : لا حاجة إلى إعادة البينة ، وتكفي الشهادة على ما هو المقصود واقعة بعد الدعوى والاستشهاد ، ولو ادعى الملك . وذكر سببه ، وشهدوا بالملك ، ولم يذكروا السبب ، قبلت شهادتهم . لأنهم شهدوا بالمقصود ، ولا تناقض ، ولو ادعي الملك وسببه ، وذكر الشهود سبباً آخر ، فالصحيح بطلان شهادتهم ، للتناقض ، وقيل : تقبل على أصل الملك . ويلغو السبب ، ولو شهد شاهد بألف عن ثمن ، وآخر بألف عن قرض ، والدعوى مطلقة ، فقد سبق في الإقرار أنه لا يثبت بشهادتهما شيء ، وقياس الوجه الثاني على ضعفه ثبوت الألف .

---

(١) في الاصل : وجهين .

فرع

في يده دار حكم له حاكم بملكها ، فادعى خارج انتقال الملك منه إليه . وشهدوا بانتقاله إليه بسبب صحيح . ولم يبينوه . قال الهروي : وقعت هذه المسألة ، فأفتى فيها فقهاء همدان بسماع الدعوى ، والحكم بها للخارج . كما لو عينوا السبب ، وكذا أفتى الماوردي ، والقاضي أبو الطيب ، قال : وميلي إلى أنها لا تسمع ما لم يبينوا ، وهو طريقة القفال وغيره ، لأن أسباب الانتقال مختلف فيها بين العلماء ، فصار كالشهادة بأن فلاناً وارث لا يقبل ما لم يبين جهة الإرث .

الطرف الثاني في العقود . وفيه أربع مسائل :

الأولى : إذا قال المكري : أكريتك هذا البيت شهر كذا بعشرة ، فقال : اكتريت جميع الدار بالعشرة ، فإن لم يكن بينة تحالفا ، ثم يفسخ العقد أو ينفسخ على ما سبق في باب التحالف ، وعلى المستأجر أجرة مثل ما سكن في الدار أو البيت ، فلو أقام أحدهما بينة دون الآخر ، قضي بالبينة ، فإن أقاما بينتين ، فقولان ، وقيل : وجهان أحدهما خرجه ابن سريج ، تقدم بينة المستأجر . لاشتمالهما على زيادة وهي اكتراء جميع الدار ، وأظهرهما ، وهو المنصوص : يتعارضان ، فيكون على قولي التعارض ، وإن قلنا بالسقوط . تحالفا ، وإن قلنا بالاستعمال . جازت القرعة على الصحيح ، وفي اليمين معها الخلاف السابق . وقال ابن سلمة : لا يقرع ، لأن القرعة عند تساوي الجانبين ، ولا تساوي ، لأن جانب المكري أقوى لملك الرقبة ، وأما الوقف والقسمة . فلا يجيئان هكذا أطبق عليه الأصحاب ، وفيه إشكال ، ونقل الماسرجسي قولاً انه تجيء القسمة في الملك ، والوقف في الأجرة . ولو اختلفا والزيادة في جانب المكري ، بأن قال : أكريتك بعشرين .

قال : بل بعشرة . فقول التعارض بحاله ، وعلى تخريج ابن سريج : بينة المكري راجحة للزيادة • ويطرد ما ذكره في اختلاف المتبايعين إذا كان في بينة أحدهما زيادة ، ولو وجدت الزيادة في الجانبين بأن قال : أكريتك هذا البيت بعشرين . فقال : بل جميع الدار بعشرة ، فلابن سريج رأيان ، الصحيح منهما : الرجوع إلى التعارض ، والثاني : الأخذ بالزيادة من الجانبين ، فيجعل جميع مكريٍ بعشرين ، وهذا فاسد ، لأنه خلاف قول المتداعيين . والشهود ، ثم قال العراقيون والروياني وغيرهم : هذا إذا كانت البينتان مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة ، أو اتفق تاريخهما ، فإن اختلف بأن شهدت إحداهما أن كذا مكري من سنة من أول رمضان ، والأخرى من أول شوال ، فقولان ، أظهرهما وبه قطع العراقيون والروياني تقدم أسبقهما تاريخاً ، لأن العقد السابق صحيح، ولا مخالفة ، والثاني تقدم المتأخرة ، لأن العقد الثاني ناسخ ، وربما تخللت إقالة ، قال صاحب « التقريب » وغيره : موضع القولين إذا لم يتفقا على أنه لم يجر إلا عقد ، فإن اتفقا عليه ، تعارضتا •

المسألة الثانية : في يده دار جاء رجلان ادعى كل واحد منهما أني اشتريتها من صاحب اليد بكذا ، وسلمت الثمن ، وطالبه بتسليم الدار ، فإن أقر لأحدهما ، سلمت الدار إليه ، وهل يحلف الآخر ؟ قال الشيخ أبو الفرج : إن قلنا : إتلاف البائع كآفة سماوية ، فلا ، وإن قلنا : كإتلاف الأجنبي ، وأثبتنا الخيار ، فأجاز . وأراد أن يطلب من البائع قيمتها . بني التحليف على الخلاف في أنه لو أقر للثاني بعد الإقرار الأول هل يغرم فيحلف أم لا ؟ فلا[1] وقد سبق نظائره ، وللآخر[2] أن يدعي الثمن فإنه كهلاك المبيع قبل القبض في زعمه ، وإن

(١) في الأصل : أم لاخلاف .

(٢) في الأصل : وللاخير .

أنكر ما ادعيا ولا بينة ؛ حلف لكل واحد يميناً ، وبقيت الدار في يده ، وإن أقام أحدهما بينة ؛ سلمت الدار إليه ، وليس للآخر تلحيفه لتغريم العين ؛ لأنه لم يفوتها عليه ؛ إنما أخذت بالبينة . وله دعوى الثمن ، وإن أقاما بينتين ؛ نظر ، إن كانتا مؤرختين بتاريخ مختلف ، قدم أسبقهما تاريخاً ، وإن لم تكونا كذلك ، فله حالان ، الأولى أن يستمر صاحب اليد على التكذيب ، فيتعارضان ؛ فإن قلنا بالسقوط سقطتا . وحلف المدعى عليه لكل واحد منهما ، كما لو لم يكن بينة ، وهل لهما استرداد الثمن ؟ وجهان ؛ أصحهما : نعم ، هذا إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، فإن تعرضت ؛ فلا رجوع بالثمن ، لأن العقد استقر بالقبض ، وليس على البائع عهدة ما يحدث بعده ، وإن قلنا بالاستعمال، فالأشهر أنه لا يجيء الوقف ، والأصح مجيئه ، فتنزع الدار من يده ، والثمنان ؛ ويوقف الجميع ، وإن قلنا بالقرعة ؛ فمن خرجت قرعته . سلمت إليه الدار بالثمن الذي سماه ، واسترد الآخر الثمن الذي أداه. وإن قلنا بالقسمة ، فلكل واحد منهما نصف الدار بنصف الثمن الذي سماه ؛ ولهما خيار الفسخ ، لأنه لم يسلم جميع المعقود عليه ، فإن فسخا . استردا جميع الثمن المشهود به ، وإن أجاز ، استرد كل واحد نصف الثمن المشهود به بناء على الأظهر ؛ وهو أن الإجازة بالقسط ، ويجوز أن يجيز أحدهما ، ويفسخ الآخر ؛ ويسترد جميع الثمن • ثم إن سبقت الإجازة الفسخ ،رجع المجيز بنصف الثمن ، وليس له أن يأخذ النصف المردود ، ويضمه إلى ما عنده ، لأنه حين أجاز ، رضي بالنصف . وإن سبق الفسخ الإجازة ، فهل للمجيز أخذ الجميع ؟ وجهان، أحدهما : لا ، لأنا نفرع على قول القسمة ، فلا يأخذ إلا ما اقتضته ، والمردود يعود إلى البائع ؛ وأصحهما ، وبه قطع العراقيون له ذلك ، لأن

بينته قامت بالجمع ، وقد زال المزاحم ؛ ونقل الربيع قولاً : ان البيعين مفسوخان ؛ وروي باطلان ، وهو معنى مفسوخان هنا، ويعمل بمقتضى قول المدعى عليه ؛ وامتنع جماعة من جعله قولاً ؛ منهم من غلطه؛ ومنهم من قال : هو تخريج له .

الحالة الثانية : أن يصدق صاحب اليد أحدهما . فعلى قول السقوط تسلم الدار للمصدق ؛ وكأنه أقر له ولا بينة . وعلى قول الاستعمال وجهان ، قال ابن سريج : يقدم المصدق ، وكأنه نقل إليه يده . فصار معه يد وبينة ، والأصح المنع لاتفاق البينتين على إسقاط يده ؛ وانتزاع المال منه باتفاق الأقوال ، واليد المزالة لايرجح بها . فعلى هذا هو كما لو لم يصدق واحد منهما. ثم إن الأصحاب لم يفرقوا فيما إذا لم تكن البينتان مختلفتي التاريخ بين أن يكونا مطلقتين أو متحدتي التاريخ أو إحداهما[1] مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، بل صرحوا بالتسوية ، إلا أن أبا الفرج الزاز استدرك ؛ فقال : هذا إذا لم يقدم المؤرخة على المطلقة، فإن قدمناها، قضينا[2] لصاحبها ولا تجيء الأقوال.

. عن الشيخ أبي عاصم : لو تعرضت إحدى البينتين ؛ لكون الدار ملك البائع وقت البيع ، أو لكونها ملك المشتري الآن كانت مقدمة ؛ وإن لم يذكرا تاريخاً . ولو ذكرت إحداهما ، نقد الثمن دون الأخرى كانت مقدمة . سواء كانت سابقة ، أم مسبوقة ؛ لأن التعرض للنقد

(١) في الأصل : أحدهما .
(٢) في الأصل : قضيا .

يوجب التسليم ، والأخرى لا توجب لبقاء حق الحبس[1] للبائع ، فلا تكفي المطالبة بالتسليم .

فرع

في يده دار جاء اثنان يدعيانها . قال أحدهما : اشتريتها من زيد وهي ملكه وقال الآخر : اشتريتها من عمرو وهي ملكه ، وأقام كل واحد بينة بما يقوله . فهما متعارضتان ، فإن قلنا بالسقوط . فكأنه لا بينة ، ويحلف صاحب اليد لكل واحد يميناً ، وإن قلنا بالاستعمال . ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق . ويجيء قولا القرعة والقسمة والتفريع كما سبق ، إلا أن[2] على قول القسمة إذا اختار أحدهما فسخ العقد . والآخر إجازته لايكون للمجيز أخذ النصف الآخر ، سواء تقدم الفسخ أو الإجازة إذا ادعيا الشراء بين شخصين . لأن المردود يعود إلى غير من يدعي المجيز الشراء منه ، فكيف يأخذه . وحيث أثبتنا الخيار على قول القسمة . فذلك إذا لم تتعرض البينة لقبض المبيع ، ولا اعترف به المدعي. وإلا فإذا جرى القبض ، استقر العقد ، وما يحدث بعده ليس على البائع عهدته . وإنما شرطنا في صورة الفرع أن يقول كل واحد : وهي ملكه ، لأن من ادعى مالاً في يد شخص ، وقال : اشتريته من فلان ، لم تسمع دعواه حتى يقول : اشتريته منه وهو ملكه ، ويقوم مقامه أن يقول : وتسلمته منه ، أو سلمه إلي ، لأن الظاهر أنه إنما يسلم مايملكه ، وفي دعوى الشراء من صاحب اليد لايحتاج أن يقول وأنت تملكه، ويكتفى بأن اليد تدل على الملك ، وكذا يشترط أن يقول الشاهد في الشهادة : اشتراه من فلان وهو يملكه . أو اشتراه وتسلمه منه ، أو وسلمه إليه. قال الإمام : ويجوز أن يقيم شهوداً على أنه اشترى من فلان وآخرين

---

(١) في الأصل : للجنس .
(٢) في الأصل : الآن .

أن فلاناً كان يملكه إلى أن باعه . لكن هؤلاء شهدوا بالملك والمبيع جميعاً ، فكأن المراد إذا أقام شهوداً بالشراء وقت كذا ، وآخرين أنه كان يملكه إلى ذلك الوقت .

فرع

أقام أحد المدعيين بينة أنه اشترى الدار من فلان . وكان يملكها. وأقام الاخر بينة أنه اشتراها من مقيم البينة الأولى . حكم ببينةالثاني. ولا يحتاج أن يقول المقيم البينة : وأنت تملكها . كما لايحتاج أن يقول لصاحب اليد . لأن البينة تدل على الملك كما أن اليد تدل عليه .

المسألة الثالثة : دار في يده جاء اثنان ، قال كل منهما : بعتك هذه الدار . وكانت ملكي بكذا ، فأد الثمن . فإن أقر لهما . طولب بالثمنين. وإن أقر لأحدهما ، طولب بالثمن الذي سماه . وحلف للآخر . وإن أنكر ما ادعياه ، ولا بينة حلف لهما يمينين ، وإن أقام أحدهما بينةقضي له . وحلف للآخر ، وإن أقاما بينتين ، نظر إن أرختا تاريخين مختلفين ، لزمه الثمنان ، لإمكان الجميع . وإن اتحد تاريخهما بأن أرختا بطلوع الشمس . أو زوالها ، تعارضتا ، لامتناع كونه ملكاً في وقت واحد لهذا وحده ، ولذاك وحده ، فعلى قول السقوط كأنه لابينة ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت قرعته . قضي له بالثمن الذي شهدت به بينة ، وللآخر تحليفه بلا خلاف . لأنه لو اعترف به بعد ذلك لزمه . وعلى القسمة لكل واحد نصف الثمن الذي سماه ، وكأن الدار لهما وباعاه بثمنين متفقين أو مختلفين ، وفي مجيء الوقف الخلاف السابق ، والمذهب مجيئه . وإن كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة . والأخرى مؤرخة ، فوجهان ، أصحهما أنهما كمختلفتي التاريخ ،فيلزمه الثمنان لإمكان الجمع . والثاني : أنهما كمتحدتي التاريخ ، لأن الأصل

براءة ذمة المشتري ، فلا يلزمه إلا اليقين ، وبهذا قال القاضي أبو حامد، وابن القطان ، فعلى هذا يعود خلاف التعارض وفيه طريق ثان[1] وهو القطع بالوجه الأول ، وقيل : إن شهدت البينتان على الإقباض مع البيع ، وجب الثمنان قطعاً ، ولو شهدت البينتان على إقرار المدعى عليه بما ادعيا ، فالصحيح أن الحكم كما لو قامتا على البيعين ، فينظر أقامتا على الإقرار مطلقاً ، أم على الإقرار بالشراء من زيد في وقت ، ومن عمرو كذلك ، وقيل : يجب الثمنان ، وإن كانت الشهادة على الإقرارين مطلقاً ، وما ذكرناه من أنهما إذا أرختا تاريخين مختلفين يلزمه الثمنان يشترط فيه أن يكون بينهما زمن يمكن فيه العقد الأول ، ثم الانتقال من المشتري إلى البائع الثاني ، ثم العقد الثاني ، فإن عين الشهود زمناً لا يتأتى فيه ذلك ، لم يجب الثمنان ، قال الإمام : ولو شهد اثنان أنه باع فلاناً في ساعة كذا ، وشهد آخران أنه كان ساكناً تلك الحالة ، أو شهد اثنان أنه قبل فلاناً ساعة كذا ، وآخر أنه كان ساكناً تلك الحالة لايتحرك ولا يعمل شيئاً ، ففي قبول الشهادة الثانية وجهان ، لأنها شهادة على النفي ، وإنما تقبل شهادة النفي في المضايق ، وأحوال الضرورات ، فإن قبلناها ، جاز التعارض .

قلت : الأصح القبول ، لأن النفي المحصور ، كالإثبات في إمكان الإحاطة به . **والله أعلم**

فرع

قال الأكثرون : صورة المسألة أن يقول كل واحد : بعتك كذا

---

(١) في الأصل : طريقان .

وهو ملكي وهكذا لفظ الشافعي رحمه الله في « المختصر » وقال أبو الفياض[1] : لايشترط ذلك ، وإذا قلنا بالقسمة عند التعارض . فقسم الثمن بلا خيار لصاحب اليد ، لأنه حصل له تمام البيع . ولا غرض له في عين البائع ، وقال ابن القطان : له الخيار ، فقد يرضى بمعاملة واحد دون اثنين .

المسألة الرابعة : عبد في يد رجل . ادعى أن سيده أعتقه ، وادعى رجل أنه باعه إياه بكذا ، وأنكر صاحب اليد ما ادعياه ، ولا بينة حلف لهما يمينين ، وإن أقر بالعتق ، ثبت العتق ، ولم يكن للمشتري تحليفه . وإن قلنا : إتلاف البائع كالآفة السماوية ، لأنه بالإقرار متلف قبل القبض ، فينفسخ البيع ، لكن لو ادعى تسليم الثمن . حلف له وإن أقر بالبيع ، قضى به ، وليس للعبد تحليفه ، لأنه لو اعترف به ، لم يقبل ، ولم يلزمه غرم ، قال الروياني : وليس لنا موضع يقر لأحد المدعيين ، ولا يحلف للآخر قولاً واحداً إلا هذا ، وإن أقام كل واحد بينة ، نظر إن اختلف تاريخهما ، قضى بأسبقهما ، وإن اتحد تعارضتا ، وفيهما القولان ، فإن قلنا بالسقوط ، فهو كما لو لم يكن . وإن قلنا بالاستعمال ، ففي مجيء قول الوقف الخلاف السابق ، وإن قلنا بالقرعة قضى لمن خرجت له ، وإن قلنا بالقسمة ، عتق نصف العبد ، ونصفه لمدعي الشراء بنصف الثمن ، وله الخيار ، فإن فسخ ، فالصحيح أنه يعتق النصف الآخر أيضاً ، لأن البينة شهدت بإعتاقه الجميع ، وإنما لم يحكم بموجبها لزحمة مدعي الشراء وقد زالت ، وقيل : لايعتق وإن أجاز ، فإن كان المدعى عليه معسراً ، لم يسر العتق ، وإن كان موسراً ،

---

(١) هو محمد بن الحسن البصري نزيل بغداد من فقهاء الشافعية، اخذ عن أبي حامد المروزي ، وتوفي في حدود سنة ٣٨٥ هـ .

فقولان ، أو وجهان، أحدهما : لايسري ، لأنه عتق قهراً، فأشبه ما لو[1] ورث بعض قريبه[2] ، وأظهرهما يسري ، لقيام البينة أنه أعتق باختياره ، وقيل : لايجري قول القسمة هنا تحرزاً من تبغيض الحرية ، وصرح المزني قولاً أنه يقدم بينة العتق ، لأن العبد في يد نفسه ، وبينة صاحب اليد مقدمة وضعف الأصحاب هذا ، وامتنعوا من إثباته قولاً قالوا : وإنما يكون في يد نفسه لو ثبتت حريته ، ولو كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة ، والأخرى مؤرخة ، فهو كما لو اتحد تاريخهما ، هذا هو المذهب ، وقيل : لايجري هنا قول السقوط ، لأن صدقهما ممكن ، بأن باعه صاحب اليد لمدعي الشراء ، ثم اشتراه منه ، ثم أعتقه، وتصديق صاحب اليد بعد قيام البينتين لايوجب الرجحان إلا عند ابن سريج كما سبق .

الطرف الثالث : في التداعي والتعارض في الموت والإرث ، وفيه مسائل :

الأولى : مات رجل عن اثنين مسلم ونصراني ، فقال كل منهما : مات على ديني ، فأرثه ، فللأب حالان ، الأولى أن يكون معروفاً بالتنصر ، فقال المسلم : أسلم ثم مات ، وقال النصراني : مات على ما كان ، فيصدق النصراني بيمينه ، لأن الأصل بقاؤه ، فإن أقاما بينتين ، نظر إن أطلقتا ، فقالت[3] إحداهما : مات مسلماً ، والأخرى مات نصرانياً ، قدمت بينة المسلم ، لأن معها زيادة علم ، وهو انتقاله من النصرانية ، فقدمت الناقلة على المستصحبة ، كما تقدم بينة الجرح

---

(١) في الأصل : كما
(٢) في الأصل : ورثته .
(٣) في الأصل : فقال .

على التعديل ، وكما لو مات عن ابن وزوجة ، فقال الابن : داره هـذه ميراث ، وقالت : أصدقتنيها أو باعنيها ، وأقاما بينتين ، فبينتها أولى . وكما لو ادعى على مجهول أنك عبدي ، وأقام به بينة ، وأقام المدعى عليه بينة أنه كان ملكاً لفلان ، وأعتقه ، تقدم بينة المدعى عليه . لعلمها بالانتقال من الرق إلى الحرية ، وعلى هذا قياس المسائل ، وإن قيدنا بأنه تكلم في آخر عمره كلمة ، وأقام المسلم بينة أنها كانت كلمةالإسلام، وأقام الآخر بينة بأنها كانت النصرانية ، تعارضتا ، فعلى قول السقوط يسقطان ، ويصير كأن لابينة ، فيصدق النصراني بيمينه ، وإن قلنا بالاستعمال ، فعلى الوقف يوقف ، وعلى القرعة يقرع ، فمن خرجت له ، فله التركة ، وعلىالقسمة تقسم ، فيجعل بينهمانصفين كغير الإرث، وقال أبو إسحاق : لاتجيء القسمة ، لأنها تكون حتماً بالخطأ يقيناً . لأنه لايموت مسلماً كافراً ، وفي غير صورة الإرث لايتحقق الخطأ في القسمة ، لاحتمال كون المدعى مشتركاً بينهما ، والصحيح الأول . وليست القسمة حكماً بأنه مات مسلماً كافراً ، بل لأن بينة كل واحد اقتضت كون جميع المال له ، ومزاحمتها الأخرى ، فعملنا بكل واحدة بحسب الإمكان ، قال العراقيون : وليست القسمة خطأ يقيناً ، لاحتمال أنه مات نصرانياً ، فورثاه ، ثم أسلم أحدهما . ولو قيدت بينةالنصراني أن آخر كلامه النصرانية ، فهو كتقييد البينتين .

الحالة الثانية : أن لايكون الأب معروف الدين ، فإن لم يكن بينة ، نظر إنكان المال في يد غيرهما ، فالقول قوله، وإن كان فييدهما، حلف كل واحد لصاحبه وجعل بينهما ، وإن كان في يد أحدهما ، فوجهان،أحدهما — وبهقال الشيخأبو حامد والقاضيحسينوجماعته—: القول قوله بيمينه ، والصحيح : أنه يجعل بينهما ، ولا أثر لليد بعد اعترافه بأنه كان للميت . وإن أقاما بينتين ، تعارضتا ، سواء أطلقنا

أو قيدنا • ويجيء في القسمة خلاف أبي إسحاق وقيل : تقدم بينة الإسلام ؛ لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام • والمذهب الأول• ويصلي على هذا الميت ، ويدفنه في مقابر المسلمين ، ويقول : أصلي عليه إن كان مسلماً •

فرع

يشترط في بينة النصراني أن يفسر[1] كلمة التنصر بما يختص به النصارى ، كقولهم : (ثالث ثلاثة) هل يجب في بينة الإسلام تفسير كلمته ؛ لأنهم قد يتوهمون ماليس بإسلام إسلاماً ؟ وجهان • وإذا قلنا بالقسمة ، هل يحلف كل واحد من الاثنين للآخر ؟ وجهان ، الأصح : لا • وإذا قلنا بالقسمة ، فمات عن ابن وبنت ، فقال ابن سلمة : يقسم مناصفة ، وقال غيره : مثالثة ، والصواب : أنهما كرجلين ادعى أحدهما جميع دار ، والآخر نصفها ، وأقاما[2] بينتين ، وقد سبق أن على قول القسمة للأول ثلاثة أرباعها ، وللآخر ربعها• ثم الموت على كلمة الإسلام يوجب إرث الابن المسلم ، لكن الموت على التنصر لايوجب بمجرده إرث النصراني ، لاحتمال أنه أسلم ثم تنصر ، وكان التصوير فيما إذا تعرض الشهود لاستمراره على النصرانية حتى مات ، أو اكتفوا باستصحاب ما عرف من دينه مضموماً إلى الموت عليه ، وإن لم يتعرض له الشهود •

فرع

مات عن زوجة وأخ مسلمين وأولاد كفرة ، فقال المسلمان : مات

---

(١) في الأصل : نفس .

(٢) في الأصل : واقام .

مسلماً ، وقال الأولاد : مات كافراً ، فإن كان أصل دينه الكفر ، صدق الأولاد[1] . وإن أقاموا بينتين ، فإن أطلقنا ، قدمت بينة المسلمين ، وإن قيدنا . فعلى الخلاف في التعارض . ويعود خلاف أبي إسحاق في جريان القسمة ، فإذا رجحنا طائفة ، قسم المال بينهم . كما يقسم لو انفردوا . وإن جعلنا المال بين الطائفتين تفريعاً على القسمة ، فالنصف للزوجة وللأخ . والنصف للأولاد ، وفيما تأخذ الزوجة من النصف وجهان ، أحدهما : ربعه[2] وكأنه جميع التركة ، وبه قطع السرخسي . والثاني نصفه ، ليكون لها ربع[3] التركة ، لأن الأخ معترف به ، والأولاد لايحجبونها باتفاقهما ، وبه قطع الإمام .

قلت : الأول أصح ، لأنها معترفة أيضاً باستحقاق الأخ ثلاثة أرباع التركة . والله أعلم

المسألة الثانية : مات نصراني وله ابنان مسلم ونصراني ، فقال المسلم : أسلمت بعد موت أبينا ، فالميراث بيننا . وقال النصراني : قبله ، فلا ترثه ، فلهما ثلاثة أحوال ، إحداها : أن يقتصر على هذا القدر ولا يتعرضا[4] لتاريخ موت الأب ، ولا لتاريخ إسلام المسلم .

والثانية : أن يتفقا على وقت موت الأب كرمضان . وقال المسلم: أسلمت في شوال ، وقال النصراني : بل أسلمت في شعبان ، ففي الحالتين إن لم يكن بينة ، فالقول قول المسلم ، لأن الأصل بقاؤه على دينه ، حلف ويشتركان في المال . وإن أقام أحدهما بينة قضى بها . وإن أقاما

---

(١) في الأصل : للاولاد .
(٢) في الأصل : اربعة .
(٣) في الأصل : مع .
(٤) في الأصل : يتعارضا .

بينتين ، قدمت بينة النصراني ؛ لأنها ناقلة من النصرانية إلى الإسلام في شعبان ، والأخرى مستصحبة لدينه في شوال ؛ فمع الأولى زيادة علم •

الحالة الثالثة : أن يتفقا على تاريخ إسلام المسلم ، فإن اتفقا على أنه أسلم في رمضان ، ولكن ادعى المسلم أن الأب مات في شعبان • وقال النصراني : مات في شوال ، صدق النصراني ، لأن الأصل بقاء الحياة • وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة المسلم ، لأنها تنقل من الحياة إلى الموت في شعبان ؛ والأخرى تستصحب الحياة إلى شوال • وإن شهدت بينة النصراني في هذه الحالة الثالثة أنهم عاينوه حياً في شوال ، أو شهدت بينة المسلم في الحالتين الأوليين بأنهم كانوا يسمعون منه كلمة التنصر في نصف شوال مثلاً تعارضتا •

فرع

مات مسلم وله ابنان أسلم أحدهما قبل موت الأب بالاتفاق ، وقال الاخر : أسلمت أيضاً قبله • وقال المتفق على إسلامه : بل بعد موته ، فعلى الأحوال الثلاث ، فإن اقتصر على ذلك أو اتفقا على أن الأب مات في رمضان • وقال قديم الإسلام لحادث الإسلام : أسلمت في شوال • وقال الحادث : بل أسلمت في شعبان ، صدق قديم الإسلام• وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة الحادث • وإن اتفقا أن الحادث أسلم في رمضان ، وقال قديم الإسلام : مات الأب في شعبان • وقال الحادث : بل في شوال ، فالمصدق الحادث ، والمقدم بينة قديم الإسلام ، وعلى هذا يقاس نظائر الصورة الأولى ، وصورة الفرع بأن مات الأب حراً ، واحد ابنيه حراً بالاتفاق ، واختلفا هل عتق الآخر قبل موته أم بعده • ولو اتفقا في صورة الفرع أن أحدهما لم يزل مسلماً • وقال الآخر : لم أزل مسلماً أيضاً ، ونازعه الأول ، فقال : كنت نصرانياً ، وإنما أسلمت بعد موت الأب ، فالقول قوله انه لم يزل مسلماً ، لأن ظاهر الدار يشهد

له . ولو قال كل واحد منهما : لم أزل مسلماً ، وكان صاحبي نصرانياً أسلم بعد موت الأب ، فوجهان خرجهما القفال . أحدهما : لاشيء لهما ، لأن الأصل عدم الاستحقاق ، وأصحهما : يحلفان ، ويجعل المال بينهما ، لأن ظاهر اليد يشهد لكل واحد فيما يقوله في حق نفسه .

فرع .

مات عن أبوين كافرين ، وابنين مسلمين ، فقال الأبوان : مات كافراً ، وقال الابنان : مات مسلماً ، قال ابن سريج : فيه قولان ، أشبههما بقول العلماء : ان القول قول الأبوين ، لأن الولد محكوم بكفره في الابتداء تبعاً لهما ، فيستصحب حتى يعلم خلافه . والثاني : يوقف المال حتى ينكشف الأمر أو يصطلحا ، والتبعية تزول بالبلوغ وحصول الاستقلال . وقيل : القول قول الابنين ، لأن ظاهر الدار الإسلام .

قلت : الوقف أرجح دليلاً ، ولكن الأصح عند الأصحاب أن القول قول الأبوين ، وأنكروا على صاحب « التنبيه » ترجيحه قول الابنين ، وهو ظاهر الفساد . والله أعلم

فرع

له زوجة وابن ماتا ، فاختلف الزوج وأخو المرأة ، فقال الزوج : ماتت أولاً ، فورثتها أنا وابني ، ثم مات الابن ، فورثته . وقال الأخ : مات الابن أولاً ، فورثت منه أختي ، ثم ماتت ، فأرث منها ، فإن لم يكن بينة ، فالقول قول الأخ في مال أخته ، وقول الزوج في مال ابنه . فإن حلفا أو نكلا ، فهي من صور استبهام الموت ، فلا يورث ميت من ميت ، بل مال الابن لأبيه ، ومالها للزوج والأخ . وإن أقاما بينتين ،

تعارضتا ، وجرت أقوال التعارض . هذا إذا لم يتفقا على وقت موت أحدهما ، فإن اتفقا على وقت موت أحدهما ، واختلفا في أن الآخر مات قبله أم بعده ، صدق من قال : بعده ، لأن الأصل دوام الحياة . وإن أقاما بينتين ، قدمت بينة من قال : قبله ، لأن معها زيادة علم .

فرع

مات عن زوجه وأولاد ، فقالوا لها : كنت أمة ، فعتقت بعد موته ، أو ذمية ، فأسلمت بعد موته ، فقالت : بل عتقت وأسلمت قبله ، فهم المصدقون . وإن قالت : لم أزل حرة مسلمه ، فهي المصدقة ، لأن الظاهر معها . وفي قول : تصدق في الحرية دون الإسلام . وخرج قول : أن الأولاد يصدقون ، لأن الأصل عدم ورثتها .

المسألة الثالثة : سيد قال لعبده : إن قتلت ، فأنت حر ، وتنازع بعده العبد والوارث ، وأقام العبد بينة أنه قتل ، والوارث بينة أنه مات حتف أنفه ، فقولان ، أظهرهما : تقدم بينة العبد ، ومنهم من قطع به ، لأن معها زيادة علم بالقتل . والثاني : يتعارضان ، للمنافاة بينهما . فعلى هذا إن قلنا بالسقوط ، فكأنه لا بينة ، فيحلف الوارث ، ويستمر الرق . وإن قلنا بالقسم عتق نصفه ، أو بالقرعة إن خرجت له ، ورق إن خرجت للورث ، ولا يخفى الوقف . وإذا قدمنا بينة القتل ، فلا قصاص ، لأن الوارث ينكره . وإن قال : إن مت في رمضان فعبدي حر ، وأقام العبد بينة أنه مات في رمضان ، والوارث بينة أنه مات في شوال ، فعلى القولين أحدهما : التعارض ، وأظهرهما : تقدم بينة العبد ، لزيادة العلم بحدوث الموت في رمضان . وقال المزني : تقدم بينة الوارث ، لأن معها زيادة علم ، وهي بقاء الحياة إلى شوال . ومن حقه أن يطرد في نظائره المسألة السابقة واللاحقة . ولو أقام الوارث البينة أنه مات في شعبان ، فالقياس مجيء الخلاف وانعكاس القول الثاني

وقول المزني • ولو حكم القاضي بشهادة شاهدي رمضان ، ثم شهد آخر أنه مات في شوال ، فهل ينقض الحكم ، ويجعل كما لو شهدت البينتان معاً ؟ خرجه ابن سريج على قولين ، كما لو بان فسق الشهود بعد الحكم •

فرع

قال لسالم : إن مت في رمضان ، فأنت حر ، ولغانم : إن مت في شوال ، فأنت حر ، وأقام كل واحد بينة تقتضي حريته ، فقولان ، أحدهما : لا للتعارض ، والثاني : تقدم بينة سالم ، لأن معها زيادة علم وهي حدوث الموت في رمضان • وقال المزني وابن سريج : تقدم بينة غانم • فإن قلنا بالتعارض ، فعلى السقوط يرق العبدان ، وعلى القسمة يعتق من كل عبد نصفه ، ولو قال لسالم : إن مت من مرضي ، فأنت حر ، وقال لغانم : إن برئت منه ، فأنت حر ، وأقام سالم بينة بموته ، وغانم بينة ببرئه ، فهل تقدم بينة سالم أم غانم ، أم يتعارضان ؟ أوجه ، أصحهما : الثالث ، فيكون على الخلاف السابق في التعارض • وقيل : إذا وجد التعارض في مثل هذا غلبت الحرية •

قلت : معنى تغليبها أنه لايحكم بسقوط البينتين • **والله أعلم**

فصل

من ادعى وراثة شخص ، وطلب تركته ، أو شيئاً منها ، فليبين جهة الوراثة من بنوة أو أخوة وغيرهما • وذكر السرخسي أن المذهب أنه لايكفي لطلب التركة ذكر الجهة ، بل يذكر معها الوراثة ، فيقول : أنا أخوه ووارثه ، وإذا شهد عدلان من أهل الخبرة بباطن حال الميت أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ،دفعت إليه التركة•وإن شهدا لصاحب فرض دفع إليه فرضه ، ولا يطالبان بضمين • وذكر الفوراني أنهيشترط

هنا ثلاثة شهود ، كما ذكره في شهادة الإفلاس • والصحيح المعروف الأول • وإذا لم يكن الشهود من أهل الخبرة ، أو كانوا من أهلها ، ولم يقولوا : لا نعلم له وارثاً سواه ، فالمشهود له إما أن لا يكون لـه سهم مقدر ، وإما أن يكون ، القسم الأول أن لايكون ، فلا يعطى شيئاً في الحال ، بل يبحث القاضي عن حال الميت في البلاد التي سكنها أو طرقها ، فيكتب إليها الاستكشاف ، أو يأمر من ينادي فيها : إن فلانـاً مات ، فإن كان له وارث ، فليأت القاضي ، أو ليبعث إليه • فإذا بحث مدة يغلب على الظن في مثلها أنه لو كان له وارث هناك ، لظهر ولـم يظهر ، دفع المال إلى المشهود له • وحكى السرخسي قولاً أنه لايدفع إليه ، وقيل : إن كان ممن لا يحجب كالابن ، دفع إليه ، وإن كان يحجب كالأخ ، فلا ، والمذهب الأول • وإن دفع إليه ، فهل يؤخذ منه ضمين ؟ قولان ، أحدهما : يجب ، وأظهرهما : لا يجب ، لكن يستحب ، وقيل : لا يجب قطعاً ، وقيل : إن كان يحجب ، وجب ، وإلا فلا ، وقيل : إن كان ثقة موسراً ، لم يجب ، وإلا فيجب •

القسم الثاني : أن يكون له سهم مقدر ، فإن كان ممن لايحجب، دفع إليه أقل فرضه عائلاً من غير بحث ، فالزوجـة تعطى ربع الثمن عائلاً ، لاحتمال أبوين وبنتين وأربع زوجات ، والزوج يعطى الربع عائلاً ، لاحتمال أبوين وبنتين معه ، والأب السدس عائلاً على تقدير أبوين ، وبنتين وزوج أو زوجة ، وللأم السدس عائلاً على تقـدير أختين لأب ، وأختين لأم ، وزوج أو زوجة معها • ولو حضر مع الزوجة ابن ، أعطيت ربع الثمن غير عائل ، لأن المسألة لاتعول إذا كان فيهـا ابن • ثم إذا بحث ولم يظهر غير المشهود له ، أعطي تمام حقـه ، وفيه وجه أنه لا يعطى تمام حقه إلا أن تقوم بينة بخلاف الأخ ، فإنه لو لـم يعط شيئاً ، لصار محروماً بالكلية ، والصحيح الأول ولا يؤخذ ضمين

للمتيقن ، وفي أخذه الزيادة الخلاف . وإن كان ممن يحجب ، لم يعط شيئاً قبل البحث ، وبعد البحث يعطى على الصحيح، وفيه الوجه السابق فيمن له سهم مقدر وهو ممن يحجب.ولو قطع الشهود[1] بأنه لاوارث له سواه ، فقد أخطؤوا بالقطع في غير موضعه ، ولا تبطل به شهادتهم. ولو قالوا : هذا ابنه ، ولم يذكروا كونه وارثه ، فقد أطلق البغوي أنه لا يحكم بشهادتهم، لانه قد يكون ابناً غير وارث، وجعل العراقيون هذه الصوره ، كما لو لم يكن الشهود من أهل الخبرة الباطنة ، أو كانوا ولم يقولوا : لا وارث سواه، وقالوا : ينزع المال من يد[2] من هو في يده بهذه الشهادة ، ويدفع المال إليه بعد البحث المذكور ، ونقلوا عن ابن سريج فيما إذا شهدوا بأنه أخوه ولم يذكروا الوراثة ، أنه[3] لايعطى شيئاً بعد البحث ، لأن الابن لايحجب غيره فقرابته مورثة والأخ يحجبه غيره فقرابته غير مورثة بمجردها . وذكر الإمام في الابن ما ذكره العراقيون ، وحكى في الأخ وجهين ، فحصل فيهما وجهان .

فرع

لو قالوا : لانعرف له في البلد وارثا سواه ، لم يعط شيئاً ، ولا يصح الطمان المذكور حتى يدفع إليه المال .

الطرف الرابع في العتق والوصيه :

من الأصول الممهدة أن من أعتق في مرض موته عبدين . كل واحد منهما ثلث ماله على الترتيب ، ولم تجز الورثة ، يحصر العتق في الأول ، وإن أعتقهما معاً ، أقرع ، فإن علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عينه ، فهل يقرع بينهما ، أم يعتق من كل واحد نصفه ؟ قولان ،

(١) في الأصل : المشهود .
(٢) في الأصل : يده .
(٣) في الأصل : أم

أظهرهما : الثاني ، ورجح جماعة الأول . ولو علم عين السابق ، ثم جهلت . فقيل بطرد القولين ، والمذهب القطع بأنه يعتق من كل عبد نصفها . ولو علق عتق عبدين بالموت . أو أوصى بعتقهما ومات ، وكل واحد ثلث ماله ، أقرع ، سواء وقع التعليقان أو الوصيتان معاً أو مرتباً . ولو قامت بينة أن المريض عتق سالمه وبينة أنه أعتق غانماً ، وكل واحد ثلث ماله ، فإن أرختا تاريخاً مختلفاً ، عتق من أعتقه أولا ، وإن اتحد تاريخهما ، أقرع ، وإن أطلقت إحداهما ، ففي « التهذيب » أنه يقرع ؛ لاحتمال الترتيب والمعية . وقال جماعة منهم الإمام والغزالي : احتمال الترتيب أقرب ، وأغلب من احتمال المعية ، والسابق منهما غير معلوم . وإذا كان كذلك ، وتعارضتا ، وأطلقتا ، عرفنا أن أحد الصنفين سابق ، ولم نعرفه بعينه ، فيجيء القولان في أنه يقرع بينهما ، أم يعتق من كل عبد نصفه ؟ ومن فروع القولين ما لو قامت البينتان كذلك ، لكن أحد العبدين[1] سدس المال ، فإن قلنا بالقرعة ، فخرجت للعبد الخسيس ، عتق وعتق معه نصف الآخر ليكمل الثلث ، وإن خرجت للنفيس ، عتق وحده ، وإن قلنا هناك : يعتق من كل واحد نصفه ، فهاهنا وجهان ، الصحيح وبه قطع الأكثرون : يعتق من كل واحد ثلثاه ، كما لو أوصى لرجل بثلث ماله ، ولآخر بسدسه ، أعطى كل واحد ثلثي ما أوصى له به . والثاني : يعتق من النفيس ثلاثة أرباعه ، ومن الخسيس نصفه ، لأنه إن سبق عتق النفيس ، عتق كله ، وإن سبق الخسيس ، فنصف النفيس بعده حر ، فأخذ نصفيه حر[2] على التقديرين والنزاع في النصف الثاني وهو قدر سدس المال ، فيقسم بينهما ، فيعتق من النفيس ربع آخر ، ومن الخسيس نصفه . ولو قامت بينتان بتعليق عتق عبدين

(١) في الأصل : أخذ العقبين .
(٢) في الأصل : حق .

بالموت أو بالوصية بإعتاقهما ، وكل واحد ثلث المال ، ولم تجز الورثة أقرع بينهما ، سواء أطلقت البينتان أو أرختا ، لأن المعلقين بالموت كالواقعين معاً في المرض . هذا هو المذهب . وقيل : قولان أحدهما : يقرع ، والثاني : يعتق من كل عبد نصفه .

فصل

لافرق في شهود العتق والوصية [بين] أن يكونوا أجانب ، أو من ورثة المشهود عليه . فلو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق غانم ، وهو ثلث ماله ، وشهد وارثان أنه رجع عن تلك الوصية ، وأوصى بعتق سالم وهو ثلث ماله أيضاً ، قبلت شهادتهما على الرجوع عن الوصية الأولى ، وتثبت[1] بها الوصية الثانية ، لأنهما أثبتا للرجوع[2] بدلاً يساويه ، فارتفعت التهمة عنهما ، ولا نظر إلى تبديل لولاء ، لأن الثاني قد لا يكون أهدى لجمع المال ، وقد لا يورث بالولاء ، ومجرد هذا الاحتمال لوردت به الشهادة ، لما قبلت شهادة قريب لمن يرثه . هذا إذا كان الوارثان عدلين ، فإن كانا فاسقين ، لم يثبت الرجوع بقولهما، فيحكم بعتق غانم بشهادة الأجنبيين ، ويعتق من سالم قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد غانم ، وهو الثلثان ، وكأن غانماً هلك أو غصب من التركة . فإن قال الوارثان : أوصى بعتق سالم ، ولم يتعرضا للرجوع عن عتق غانم ، فالحكم كما سبق فيما لو كانت البينتان أجانب، فالمذهب القرعة . وقيل : قولان ، ثانيهما : يعتق من كل عبد نصفه . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن سالم سدس المال ، فالوارثان متهمان برد العتق من الثلث إلى السدس ، فلا تقبل شهادتهما في الرجوع في النصف الذي لم يثبتا له بدلاً . وفي الباقي الخلاف في تبعيض

---

(١) في الأصل : يكتب .
(٢) في الأصل : الرجوع .

الشهادة ، فإن قلنا : لاتبعيض ، وبه أجاب الشافعي رضي الله عنه في هذه المسألة ردت شهادتهما فيه أيضاً ، ويعتق العبدان ، الأول بشهادة الأجانب ، والثاني بإقرار الورثة ، فإن لم يكونا جائزين ، عتق منه قدر مايستحقانه ، فإن قلنا : تبعض ، عتق نصف الأول ، وكل الثاني • وحكي وجه أن الرجوع لايتبعض ، فإذا لم يثبت في البعض ، لم يثبت في الباقي ، فتبقى الشهادة بالوصية بعتق العبدين ، فيقرع كما سبق ، وهذا الخلاف إذا لم يكن في التركة وصية أخرى • فإن كان أوصى بثلث ماله لرجل ، وقامت البينتان لغانم وسالم كما ذكرنا ، قبلت شهادة الورثة بالرجوع عن وصية غانم ، لأن للورثة رد الزيادة على الثلث ، فليس في الشهادة على الرجوع تهمة ، فيجعل الثلث أثلاثاً بين الموصى له بالثلث ، وعتق سالم ، فيعطى الموصى له ثلث الثلث ، ويعتق من سالم ثلثاه ، وهو ثلث الثلث ، هكذا ذكروه ، لكن برد الزيادة على الثلث لايوجب حرمان بعض أصحاب الوصايا ، بل يوزع عليهم الثلث • وقبول شهادة الثلث توجب إرقاق غانم وحرمانه ، وهو محل تهمة ، لتعلق الأغراض بأعيان العبيد • فإن كان الوارثان فاسقين ، عتق غانم بشهادة الأجنبيين ، وعتق سالم بإقرارهما • ولو كانت قيمة غانم سدس المال ، وسالم ثلثه ، قبل شهادتهما على الرجوع عن وصية غانم ، وأعتق سالم • فإن كانا فاسقين ، عتق الأول ، وعتق من سالم بقدر ثلث الباقي من المال ، وهو خمسة أسداس سالم ، وكأن الأول تلف • ولو شهد أجنبيان أنه نجز عتق غانم في المرض ووارثان أنه نجز عتق سالم ، وكل منهما ثلث المال ، نظر ، إن كذب الوارثان الأجنبيين وقالا : لم يعتق غانماً ، وإنما عتق سالماً ، عتق العبدان [فإن] لم يكونا جائزين ، عتق من سالم قدر حصتهما ، واستدرك بعض المتأخرين فقال : قياس ما سبق أن لايعتق من سالم إلا قدر ما يحتمله ثلث الباقي من المال بعد

عتق غانم ، وكان غانماً تلف ، وهذا حسن . وإن لم يكذباهما . بل قالا أعتق سالماً ، ولا يدري هل أعتق غانماً أم لا . فإن كان الوارثان عدلين ، فالحكم كما سبق فيما لو كان شهود العبدين أجانب ، وإن كانا فاسقين ، عتق غانم بشهادة الشهود . وأما سالم ، فقال الشيخ أبو حامد ، وتابعه كثيرون : يعتق منه نصفه إذا قلنا : يعتق من كل واحد نصفه لو كانا عدلين . وقال ابن الصباغ : هذا سهو ، وصوابه أن يعتق خمساه ، وذكر توجيهه بطريق الجبر . ولو شهد أجنبيان لغانم ، ووارثان لسالم كما ذكرنا ، إلا أن سالماً سدس المال ، فإن كذب الوارثان الأجنبيين ، عتقا جميعاً ، وإن لم يكذباهما . فإن كانا عدلين ، فهو كما لو كان شهود العبدين أجانب ، وقد سبق بيانه . وإن كانا فاسقين ، فنقل البغوي أن الأول حر بشهادة الأجنبيين ، ويقرع بينهما . فإن خرجت القرعة له ، انحصر العتق فيه ، وإن خرجت الثاني ، عتق الأول بالشهادة ، وعتق من الثاني ثلث ما بقي من المال بإقرار الوارثين ، قال : وقياس هذا أن يقرع أيضاً إذا كان كل عبد ثلث المال والوارثان فاسقان ، وكأن هذا جواب على قول القرعة فيما إذا كان الشهود كلهم أجانب ، وما نقلناه عن الشيخ أبي حامد وغيره على قول القسمة .

فصل

شهد اثنان أن فلاناً الميت أوصى لزيد بالثلث ، وآخران أنه أوصى لبكر بالثلث ، فالثلث بينهما سواء ، فإن قال الآخران : رجع عن زيد ، وأوصى لبكر بالثلث ، سلم له الثلث ، ويستوي في شهادة الرجوع الوارث والاجنبي إذا جرى ذكر بدل . ولو شهد آخران أنه رجع عن وصية بكر أيضاً ، وأوصى بالثلث لعمرو ، سلم الثلث له . ولو شهد إثنان أنه أوصى بالثلث لزيد ، واثنان أنه أوصى لبكر ، ثم شهد

اثنان أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فإن عينا المرجوع عنهـا ، ثبت الرجوع ، وكان الثلث كله للآخر • وقال ابن القطان : ليس للآخر إلا السدس ، وإنما يكون له الثلث إذا ثبت أن وصيته وقعت بعد الرجوع عن الوصية الأخرى • إن لم يعينا المرجوع عنها ، نص في « المختصر » أن الثلث بينهما • واختلف في وجهه ، فقال الجمهور : إبهام الشهـادة بالرجوع يمنع قبولها ، كما لو شهد أنه أوصى لأحدهما ، وقال القفال : تقبل هذه الشهادة ، لأن الوصية تحتمل الإبهام ، ويقسم الرجوع بينهما وكأنه رد وصية كل واحد إلى السدس ، فتظهر فائدة الخلاف فيما لو شهدت بينة أنه أوصى لزيد بالسدس ، وأخرى لعمرو بالسدس أيضاً، وأخرى أنه رجع عن إحدى الوصيتين ، فعلى قول الأكثرين : لايقبل شهادة الرجوع المبهم ، ويعطى كل واحد السدس الموصى به ، وعلـى قول القفال : تقبل وكأنه رجع عن نصف كل وصية ، فيعطى كل واحد منهما نصف سدس •

الباب السادس في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوي ، لأنها يتعلق بعضها ببعض •

يوم الجمعـة كغيره في إحضـار الخصم مجلس الحكم ، لكن لا يحضر إذا صعد الخطيب المنبر حتى يفرغ مـن الصلاة ، واليهودي يحضر يوم السبت ، ويكسر عليه سبته •

شهد اثنان أنه غصبت كذا ، أو سرقه غدوة ، وآخران أنه غصبه ، أو سرقه عشية ، تعارضتا ولا يحكم بواحدة منهما ، بخلاف مـا لو شهد واحد هكذا ، وآخر هكذا ، حيث يحلف مع أحدهما ، ويأخـذ الغرم ، لأن الواحد ليس بحجة فلا تعارض •

شهد واحد على إتلاف ثوب قيمته ربع دينار ، وآخر على إتلاف

ذلك الثوب بعينه ، وقال قيمته ثمن دينار ، يثبت الأقل[1] وللمدعي أن يحلف مع الآخر • ولو شهد بدل الواحد والواحـد اثنان واثنان ، ثبت الأقل أيضاً وتعارضتا في الزيادة • ولو شهد اثنان أن وزن الذهب الذي أتلفه نصف دينار ، وآخران أن وزنه دينار ، ثبت الدينار ، لأن مع شاهديه زيادة علم ، بخلاف الشهادة على القيمـة ، فإن مدركهـا الاجتهاد ، وقد يقف شاهد القليل على عيب • ولو ادعى عبداً في يـد رجل ، وأقام بينة أنه ولد أمته ، لم يقض له بها ، فقد تلد قبـل أن تملكها ، فإن شهدت أنه ولد أمته ولدته في ملكه فنص[2] أنه يقضى له بهذه البينة ، وبه قطع الجمهور ، وخرج ابن سريج قولاً ؛ لأنهـا شهادة بملك سابق ، والمذهب الأول ، لأن النماء تابع للأصل • ولـو شهدوا أن هذه الشاة تتجت في ملكه ، وهذه الثمرة حصلت في ملكه ، فهو كقولهم : ولدته أمتـه في ملكه ، ولا يكفي تتـاج شاته ، وثمر شجرته • ولو شهدوا أن هذا الغزل من غزله ، أو الفرخ من بيضه ، والدقيق من حنطته ، أو الخبز من دقيقه ، كفى ، لأن ذلك عين مـاله تغيرت صفته ، بخلاف ولد الجارية والشاة • ولو أقام بينة على رق شخص ، وأقام المدعى عليه بينة أنه حر الأصل ، فبينة المدعي أولى ، لأن معهـا زيادة علم وهو إثبات الرق • ولو ادعى ديناً ، وشهد بـه اثنان ، لكن قال أحدهما متصلاً بشهادته : إنه قضاه ، أو أبرىء منه ، فشهادته باطلة ، للقضاء ، وإن ذكره مفصولاً عن الشهادة ، فإن كان بعد الحكم لم يؤثر • وللمدعى عليه أن يحلف معه على القضاء والإبراء وإن كان قبل الحكم ، سئل : متى قضاه ؟ فإن قال : قبل أن شهدت ،

---

(١) على هامش الأصل نسخة : الاول ، وكذلك في إحدى نسخ الظـاهرية .

(٢) في الأصل : قبض .

فكذلك الجواب عند ابن القاص . وذكر فيما إذا شهد على إقراره بالدين شاهدان ، ثم عاد أحدهما ، وقال : قضاه أو أبرأه بعد أن شهدت أن شهادته لا تبطل ، بل يحكم بالدين ويؤخذ ، إلا أن يحلف المدعى عليه مع شاهد القضاء والإبراء . والفرق أن هناك شهد على نفس الحق ، والقضاء والإبراء ينافيانه ، فبطلت الشهادة ، وهنا شهد على الإقرار ، والقضاء والإبراء لاينافيانه ، فلاتبطل الشهادة. وحكي وجه أن شهادته على نفس الحق لا تبطل أيضاً ، والصحيح الأول ، ويقرب من هذا الخلاف ، الخلاف فيما لو ادعى ألفاً ، وشهد له شاهدان بألف مؤجل ، لكن قال أحدهما : قضى منه خمسمائة ، ففي وجه : لاتصح شهادتهما ، إلا في خمسمائة ، لكن للمدعي أن يحلف لباقي الألف مع الشاهد الآخر . وفي وجه : تصح شهادتهما على الألف، وللمدعى عليه أن يحلف مع شاهد القضاء . وفي وجه ثالث : لايثبت بشهادتهما شيء ، لأنهما لم يتفقا على ما ادعاه ، ويقرب منه قولان عن ابن سريج فيما لو شهد اثنان أن فلاناً وكل فلاناً ، ثم قال أحدهما : عزله بعد أن شهدت ، ففي قول : تبطل شهادته ، وفي قول : تثبت شهادة الوكالة ، فيعمل بها ، والعزل لايثبت بواحد .

ادعى شريكان فأكثر حقاً على رجل ، فأنكر ، يحلف لكل واحد يميناً ، فإن رضي بيمين واحدة ، ففي جوازه وجهان .

قلت : الأصح : المنع . والله أعلم

ولو شهد اثنان أنه أوصى بعتق غانم ، وهو ثلث ماله ، فحكم الحاكم بعتقه ، ثم رجعا عن الشهادة ، وشهد آخران أنه أوصى بعتق سالم ، وهو ثلث ماله ، ولم يجز الورثة إلا الثلث ، قال البغوي : يقرع بينهما ، فأن خرجت القرعة للأول ، رق الثاني ، ويغرم الراجعان قيمة

الأول للورثة . وإن خرجت للثاني ، عتق ورق الأول ، ولا غرم على الراجعين ، لأنهما لم يتلفياه . قال : وعندي يعتق الثاني بلا قرعة ، وعلى الراجعين قيمة لأول للورثة . ولو شهد رجل أنه وكله بكذا ، وآخر أنه فوضه إليه ، أو سلطه عليه ، ثبتت الوكالة . ولو شهد أحدهما أنه قال . وكلتك بكذا ، والآخر أنه أقر بوكالته ، لم يثبت شيء . ولو شهد أحدهما أنه وكله بالبيع ، والآخر أنه وكله بالبيع وقبض الثمن ، ثبت البيع . ولو ادعى رجل على رجل أنه اشترى منه هذا العبد ، ونقده الثمن وأعتقه ، وأقام به بينة، وادعى آخر أنه اشتراه ونقد الثمن، وأقام به بينة ، تعارضتا ، وذكر العتق لا يقتضي ترجيحاً على الصحيح . وقيل : يرجح ، لأن العتق كالقبض ، نص في « الأم » أنه لو ادعى دابة في يد غيره ، وأقام بينة أنها له منذ عشر سنين ، ونظر الحاكم في سنها، فإذا لها ثلاث سنين فقط ، لم يقبل الشهادة، لأنها كذب، وأن المسناة[1] الحائلة بين نهر شخص ، وأرض آخر ، يجعل بينهما كالجدار الحائل . ولو ادعى مائة درهم على إنسان ، فقال : قبضت خمسين ، لم يكن مقراً بالمائة ، وكذا لو قال : قضيت منها خمسين . ولو اختلف الزوجان في متاع البيت ، فإن كان لأحدهما بينة ، قضي بها ، وإن لم يكن بينة، فما اختص أحدهما باليد عليه حساً أو حكماً ، بأن كان في ملكه ، فالقول قوله فيه بيمينه ، وما كان في يدهما حساً ، أو في البيت الذي يسكنانه ، فلكل واحد تحليف الآخر ، فإن حلفا ، جعل بينهما ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، قضي للحالف ، وسواء اختلفا في دوام النكاح ، أم بعد الفراق ، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما ، أو أحدهما وورثة الآخر ، وسواء ما يصلح للزوج كالسيف والمنطقة ، أو للزوجة

(١) في الأصل : المنساة .

والحلي والغزل ، أولهما • ولو اختلف مالك الدار ، وساكنها بالإجارة في متاع الدار ، فالقول قول الساكن ، فإن تنازعا في رف فيها ، نظر ، إن كان مسمراً أو متبتاً ، فالقول قول المالك ، وإلا فهو بينهما ، نص عليه • ولو تنازعا أرضاً ولأحدهما فيها زرع[1] أو بنـاء أو غراس ، فهي في يده ، أو دابة أو جارية حاملاً ، والحمل لأحدهما بالاتفاق ، فهي في يده ، أو دار لأحدهما فيها متاع ، فهي في يده • فإن لم يكن المتاع إلا في بيت ، لم يجعل في يده إلا ذلك البيت ، هكذا ذكروه • ولو تنازعا عبداً ، ولأحدهما عليه ثياب ، لم يجعل صاحب يدفي العبد ، لأن منفعة الثوب الملبوس تعود إلى العبد ، لا إلى المدعي • ولو قال رجل : استأجرت هذه الدار من زيد سنة في أول رمضان ، وقال آخر : استأجرتها منه سنة من أول شوال ، وأقام كل واحد بينة ، فقولان حكاهما الفوراني ، المشهور ، وبه قطع البغوي وغيره : تقدم بينـة رمضان ، لسبق تاريخها • والثاني : بينة شوال ، لأنها ناسخة ، ويحتمل أنهما تقايلا ، واستأجر الثاني في شوال ، ويجيء هذا في بينتي البيع على ضعفه •

قامت بينة أن هذا ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، وبينة أن هذا الاخر ابنه لا يعرف له وارثاً سواه ، ثبت نسبهما ، فلعل كل بينة اطلعت على ما لم تطلع عليه الأخرى •

فصـل

فيما جمع من فتاوى القفال وغيره • ان الضيعة[2] إذا صارت معلومة بثلاثة حدود ، جاز الاقتصار على ذكرها ، وهذا خلاف ما سبق في باب

---

(١) في الأصل : زرعاً .
(٢) في الأصل : الصيغة .

القضاء على الغائب من إطلاق ابن القاص . قال القفال : لكن لو ذكر الشهود الحدود[1] الأربعة وأخطؤوا في واحد[2] ، لم تصح شهادتهم ؛ فترك الذكر خير من الخطأ ، لأنهم إذا أخطؤوا ، لم يكن بتلك الحدود ضيعة[3] في يد المدعى عليه ، وإذا غلط المدعي ، فقال المـدعى عليه : لا يلزمني تسليم دار بهذه الصفة ، كان صادقاً . وإذا حلف ، كان باراً . وإن لم ينكر ، وقال :لا أمنعه الدار التي يدعيها ، سقطت دعوى المدعي، فإن ذهب إلى الدار التي في يده ليدخلها ، فله أن يمنعه ، ويقول : هي غير ما ادعيت ، فأما إذا أصاب في الحدود ، فقال : لا أمنعك منهـا ، فليس له المنع إذا ذهب ليدخلها ، فإن قال : ظننت أنه غلط في الحدود ، لم يقبل ، وإن قال : إنما قلت : لا أمنعك ، لأن الدار لم تكن في يـدي يومئذ ، وقدصارت في يدي وملكي ، قبل منه ، وله المنع إذا حلف . وفيه أن دعوى العبد على سيده أنه أذن له في التجارة لا تسمع إن لم يشتر ، ولم يبع شيئاً . وإن اشترى ثوباً ، وجاء البائع يطلب الثمن من كسبه ، فأنكر السيد الإذن ، فللبائع أن يحلفه على نفي الإذن . فإن حلف ، فللعبد أن يحلفه مرة أخرى ، ليسقط الثمن عن ذمته . وإن باع العبد عيناً للسيد ، وقبض الثمن ، وتلف في يده فطلب المشتري تلـك العين فقال السيد : لم آذن له في البيع ، حلف ، فإن حلف ، حكم ببطلان البيع ، والعبد يحلفه لإسقاطه الثمن عن ذمته . وأنه لو ادعى ألفاً ، وأقام به شاهداً ، وأراد أن يحلف معه ، فأقام المدعى عليه شاهداً بـأن المدعي أقر أنه لا حق له عليه ، فللمدعى عليه أن يحلف مع شاهده ، فإذا حلف ، سقطت دعوى المدعي . وأنه يجوز للمالك أن يدعي على

---

(١) في الأصل : حدود .
(٢) في الأصل : حدود اخر .
(٣) في الأصل : صيغة .

الغائب وعلى الغاصب من الغاصب ، فإن ادعى على الأول أنه يلزمه رد الثوب بصفة[1] كذا ، أو قيمته كذا ، فليس على الغاصب أن يحلف أنه لا يلزمه ، لأنه إن قدر على الانتزاع ،لزمه الانتزاع والرد ، وإلا فعليه القيمة • وأنهم لو شهدوا أن هذه الدار اشتراها المدعي من فلان ، وهو يملكها ، ولم يقولوا :هي الآن ملك المدعي ، ففي قبول شهادتهم قولان، كما لو شهدوا أنه كان ملكه أمس ، والمفهوم من كلام الجمهور قبولها • وأنه لو ادعى قصاصاً ، فاقتص الحاكم برواية راو روى حديثاً يوجب القصاص في الواقعة ، ثم رجع الراوي ، وقال : كذبت وتعمدت ، لم يجب القصاص عليه ، بخلاف الشهادة ، لأن الرواية لا تختص بالواقعة • وأنه لو غصب المرهون من يد المرتهن ، قال الراهن في دعواه على الغاصب : لي ثوب كنت رهنته عند فلان ، وغصبته منه ، ويلزمه الرد إلي • ولو اقتصر على قوله : لي عنده ثوب صفته كذا ، ويلزمه رده إلي ، جاز ولا بعد في قوله : يلزمه رده إلي ، لأن يد المرتهن يد الراهن• ولهذا لو نازعه رجل في المرهون ، كان القول قول الراهن ، وإن كان في يد المرتهن ، لأن يده يده ، وأن الغريب إذا دخل بلداً لا يجوز الشهادة بأنه حر الأصل ، إنما تجوز الشهادة أن فلاناً حر الأصل إذا عرف حال أبيه وأمه ، وعرف النكاح بينهما ، وتجوز الشهادة به ، وإن لم يشاهد الولادة ، كما تجوز الشهادة أنه ابن فلان ، وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، وأقام بينة أنه اشتراها منه ، وأقام صاحب اليد بينة أنه وهبها له ،ولم يتعرضا لتاريخ ، تعارضتا • وتظهر فائدة اختلافهما إذا ظهرت مستحقة أو معيبة ، وأراد الرد ، واسترداد الثمن • وأنه ادعى داراً في يد شخص ، وأقام بينة أنها ملكه ، فادعاها آخر ، وأقام بينة أنه اشتراها [من] رجل آخر يوم كذا ، ولم يقولوا : إنه كان يملكها يومئذ ، لكن

---

(١) في الأصل : نصفه .

أقام بينة أخرى أنه كان يملكها يومئذ ، سمعتا ، وصارتا كبينة ، فيحصل التعارض بينهما وبين بينة المدعي الأول • وأنه إذا ادعى داراً وأقام بينة أنها ملكه ، وتسلمها ، فادعاها آخر بعد مدة يسيرة ، أو طويلة ، وأقام بينة أنه اشتراها من المدعى عليه الذي كانت في يده ، وكان يملكها يومئذ ، قضي بالدار لهذا الأخير ، وبان كما لو أقام صاحب اليد البينة قبل الانتزاع منه ، فإنه لو كان بيده دار ، فادعى رجل أنه اشتراها من ثالث بعدما اشتراها الثالث من صاحب اليد ، وأنكر صاحب اليد ، فله أن يقيم بينة على البيعين ، وله أن يقيم على هذا بينة ، وعلى هذا بينة ، ولا بأس بالتقديم والتأخير • وأن الشهود إذا أرادوا أداء الشهادة بشراء دار ، تبدلت حدودها بعد الشراء قالوا : اشترى داراً من وقت كذا من فلان ، وهو يملكها ، وكان يومئذ ينتهي أحد حدودها إلى كذا ، والباقي إلى كذا ، ثم المدعي يقيم بينة بكيفية التبدل • وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، وأقام بينة أنها ملكه ، فقال القاضي : عرفت هذه[1] الدار ملكاً لفلان ، وقد مات ، وانتقلت إلى وارثه ، فأقم بينة على ملكك منه ، فله ذلك ، وتندفع بينته • وليكن هذا جواباً على أنه يقضي بعلمه • وأنه لو ادعى داراً في يد رجل ، فقال المدعى عليه : ليست الدار في يدي ، ولا أحول بينك وبينها ، فقد أسقط الدعوى عن نفسه ، فيذهب المدعي إلى الدار ، فإن لم يدفعه أحد ، فذاك ، وإن دفع ، ادعى على الدفع ، فلو قال المدعي : إنه يكذب في قوله : ليست في يدي ، ولا أحول ، لم يلتفت إليه • وأنه لو باع داراً ، فقامت بينة الحسبة أن أبا البائع وقفها ، وهو يملكها على ابنه البائع ، ثم على أولاده ، ثم المساكين ، نزعت من المشتري ، ويرجع بالثمن على البائع ، والغلة الحاصلة في حياة البائع تصرف إلى البائع إن كذب نفسه ، وصدق الشهود ، فإن أصر على إنكار

---

(١) في الأصل : وهذه .

الوقت ، لم تصرف إليه ، بل توقف ، فإذا مات ، صرفت إلى أقرب الناس إلى الواقف • ولو ادعى البائع أنه وقف ، لم تسمع بينته ، والتقييد بالبينة يشعر بسماع دعواه ، وتحليف خصمه • وقال العراقيون : تسمع بينته أيضاً إذا لم يكن صرح بأنه ملكه ، بل اقتصر على البيع • وقال الروياني : لو باع شيئاً ثم قال بعد : وأنا لا أملكه ، ثم ملكته بالإرث من فلان ، فإن قال حين باع : هو ملكي ، لم تسمع دعواه ، ولا بينته وإن لم يقل ذلك ، بل اقتصر على قول : بعتك ، سمعت دعواه ، فإن لم يكن له بينة ، حلف المشتري أنه باعه ، وهو ملكه ، قال : وقد نص عليه في «الأم» وغلط من قال غيره ، وكذا لو ادعى أن المبيع وقف عليه •

فصل

في فتاوى القاضي حسين رحمه الله أنه لو ادعى عليه عشرة ، فقال: لا يلزمني تسليم هذا المال اليوم ، لا يجعل مقراً ، لأن الإقرار لا يثبت بالمفهوم ، وإن بينتي الملك والوقف تتعارضان[١] كبينتي الملك • وأنه لو ماتت وخلفت زوجاً وأخاً وأختان ، فادعى الزوج أن المتاع كله له ، جعل نصفين أحدهما للزوج بحكم اليد ، والثاني للميتة ، ويحلف الزوج[٢] على النصف الذي يجعل له باليد ، كما لو كانت حية، فادعت الكل ، فإن كان الأخ غائباً والأخت حاضرة ، حلف لها ، فإذا حضر ، حلف له ، فإن أقامت الأخت بينة أن الكل لها ولأخيها ، سمعت ، وثبت حق الأخ • وأن من حبسه[٣] القاضي ، لا يجوز إطلاقه إلا برضى خصمه ، أو ثبوت إعدامه ، فإن ثبت ، أطلقه وإن لم يرض خصمه • وإذا

---

(١) في الأصل : تتعارضا .
(٢) في الأصل : على الزوج .
(٣) في الأصل : حبس .

أطلقه برضى الخصم ، فأراد إقامة بينة بإعدامه ، لم تسمع ، لأنه لاحبس عليه والحالة هذه ؛ بخلاف ما إذا استحق حبسه • وأن حق إجراء الماء على سطحه ، أو أرضه ؛ أو طرح الثلج في ملكه ، يجوز الشهادة به إذا رآه مدة طويلة بلا مانع ؛ ولا يكفي قول الشهود : رأينا ذلك سنين وإن كان ذلك مستند شهادتهم •

فصل

سئل الشيخ أبو إسحاق الشيرازي رحمه الله عن رجلين تنازعا داراً ؛ فأقام أحدهما بينة أنها ملكه ، وادعى الآخر أنها وقف عليه ؛ ولم يقم بينة ؛ فحكم القاضي لمدعي الملك ، ثم ادعى آخر وقفها ، فأقام مدعي الملك بينة على حكم القاضي له بالملك ، وأقام مدعي الوقف بينة بالوقف؛ فرجح الحاكم بينة الملك ذهاباً إلى أن الملك الذي حكم به تقدم على الوقف الذي لم يحكم به ؛ ثم تنازع مدعي الملك ، وآخر يدعي وقفيتها، فأقام مدعي الملك بينة لحكم الحاكم له بالملك ، وتقديم جانبه ، وأقام الآخر بينة بأن الوقف الذي يدعيه قضى بصحته قبل الحكم بالملك ؛ وبترجيحه على الوقف ، هل يرتد حكم الحاكم بذلك ؟ فقال : نعم يقدم الحكم بالوقف على الحكم بالملك [وينقض الحكم بالوقف الحكم بالملك] • وسئل عمن اشترى ضيعة ، وبقيت في يده مدة ، فخرجت وقفاً وانتزعت . فقال : عليه أجرة المثل للمدة التي كانت في يده • وعن رجل وقف ملكاً ؛ وأقر أن حاكماً حكم بصحته ، ولم يسم الحاكم ولا عينه . ثم رجع عنه ورفع الأمر إلى حاكم يرى جواز الرجوع ، فهل له الحكم بنفوذ الرجوع ؟ قال : لا •

فصل

في فتاوى الغزالي أنه لو ادعى داراً في يد غيره ، فقال المدعى عليه:

اشتريتها من زيد ، فأقام المدعي بينة على إقرار زيد له بها قبل البيع ، فأقام المدعى عليه بينة على إقرار المدعي لزيد بها قبيل البيع . وجهل التاريخ ، قررت الدار في يد المدعى عليه • وأنه إذا خرج المبيع مستحقاً ، فادعى المشتري على البائع وقال : سلمت إليه في مجلس العقد ، فأنكر . وأراد إقامة البينة بأنه لم يقبض منه شيئاً في مجلس العقد ، لم تسمع هذه البينة . لأنها تشهد بالنفي . وإنما تسمع البينة بالنفي في مواضع الحاجة ، كالإعسار • وقد يقع التسليم في غفلة ولحظة يسيرة • وأنها إذا ادعت أنه نكحها وطلقها . وطلبت نصف المهر . أو أنها زوجة فلان الميت ، وطلبت الإرث ، فمقصودهم المال . فيثبت برجل وامرأتين ، وبشاهد ويمين •

فصل

في فتاوى البغوي أنه لو ادعى نكاحها ، فأقرت بأنها زوجته منذ سنة ، ثم أقام آخر بينة أنها زوجته نكحها من شهر ، حكم للمقر له ، لأنه ثبت بإقرارها النكاح الأول ، فما لم يثبت الطلاق ، لا حكم للنكاح الثاني • وأنه لو تحاكم رجل وامرأة بكر إلى فقيه ليزوجها به ، وجوزنا التحكيم فيه ، فقال المحكم : حكمتني لأزوجك بهذا ، فسكتت كان سكوتها إذناً ، كما لو استأذنها الولي فسكتت • وأنه لو حضر عند القاضي رجل وامرأة ، واستدعت تزويجها به ، وقالت : كنت زوجة فلان فطلقني ، أو مات عني ، لا يزوجها ما لم يقم حجة بالطلاق أو الموت •

فصل

عن ابن القاص ان من أنكر الحلف بالطلقات الثلاث يحلف أنه ما قال لها : إن دخلت الدار ، فأنت طالق ثلاثاً ، ولا هي بائن منه بثلاث • وقال الشيخ أبو زيد: يكفيه أنها لم تبن منه بثلاث • ووجه الأول أنه

قد يحلف متأولاً على مذهب الحجاج بن أرطاة وتابعيه أن الثلاث لا تقع مجموعة ، أو على تصحيح الدور • ويجوز أن يقال : إن قال : لم تبن مني ، حلف عليه ، وإن قال : لم أحلف بطلاقها ، حلف عليه •

حكى الهروي عن العبادي أن من ادعى عليه وديعة ، فقال : لا يلزمني دفع شيء إليه ، لا يكون هذا جواباً ، لأن المودع لا دفع عليه ، إنما يلزمه التخلية ، والجواب الصحيح أن ينكر أصل الإيداع ، أو يقول : هلك في يدي ، أو رددته ، وهذا يخالف كلام الأصحاب ، الا تراهم يقولون : من جحد الوديعة [فقامت بينة بالإيداع ، فادعى تلفاً أو رداً قبل الجحود ، نظر ، إن كانت صيغة جحده إنكار أصل الوديعة] أم قال : لا يلزمني تسليم شيء إليك ، فإما أن يقدر خلاف ، أو يؤول ما أطلقوه •

قلت : الذي قاله ابن القاص صحيح ، وتأويل كلامهم متعين . وهو أنهم أرادوا إذا جرى منه هذا اللفظ ، فحكمه كذا ، لأن القاضي يقنع منه بهذا الجواب مع طلب الخصم الجواب • والله أعلم

وأنه إذا أقام بينة بأنه أجير فلان لحفظ سفينته هذه بدينار ، وأقام صاحب السفينة بينة أنه أجره إياها بدينار ، تعارضتا ، وأنه لو شهد عليه اثنان بالقتل في وقت معين ، وآخران أنه لم يقتل في ذلك الوقت لأنه كان معنا ، ولم يغب عنا ، تعارضتا ، وقد سبق من نظائر هذا ما يخالفه •

قلت : يعني أن البينة الثانية شهدت بالنفي ، وقد سبق أن شهادة النفي لا تقبل إلا في مواضع الضرورة ، كالإعسار • هذا مراد الرافعي هنا ، وقد تقدم في الفصل السابق عن فتاوى الغزالي ما يوافقه . ولكنه ضعيف مردود . بل الصواب أن النفي إذا كان في محصور يحصل العلم به ، قبلت الشهادة به ، وقد سبق ذكري لهذه المسألة في الشهادات •

والله أعلم

وأن من أراد أن يدعي ، ويقيم البينة من غير أن يعترف للمدعى عليه باليد ، فطريقه أن يقول : الموضع الفلاني ملكي ، وهذا يمنعني منه تعدياً ، فمره يمكني منه • وأنه لو شهد شاهدان أن الكلب ولغ في هذا الإناء ولم يلغ في ذاك وآخران بضده ، تعارضتا . فلو لم يقولوا: لم يلغ في ذلك فالإناآن[1] نجسان ، وهذه شهادة علــى إثبات ونفي ، ويمكن التعارض بلا نفي، بأن يعينا وقتاً لا يمكن فيه إلا ولوغ واحد •

قلت : هذه المسألة ذكرتها في كتاب الطهارة مستوفاة مختصرة ، وفي هذا الذي ذكره العبادي فيها من إثبات التعارض تصريح بقبول شهادة النفي في المحصور كما سبق قريباً • والله أعلم

الباب السابع في دعوى النسب وإلحاق القائف :

مقصود البــاب الكلام في القائف وشــرطه • أما الاستلحاق وشروطه فسبق ذكره في كتاب الإقرار واللقيط •وفي الباب ثلاثة أركان:

الأول : المستلحق ، وقد سبق في كتاب اللقيط أن المذهب صحة استلحاق العبد والعتيق دون المرأة على الأصح ، وسبق هناك جمل من أركانــه •

الركن الثاني : الملحق ، وهو القائف ، وليكن فيه صفات بعضها واجب قطعاً ، وبعضها مختلف فيه ، فيشترط فيه أهلية الشهادة ، فيكون مسلماً بالغاً عاقلاً عدلاً ، والأصح اشتراط حريته وذكورته ، وأنه يكفي واحد ، ونص عليه • وقيل : يشترط اثنان • وأنه لا يشترط كونه من مدلج ، بل يجوز من سائر العرب ومن العجم • قال ابن كج : ولا يجوز أن يكون أعمى ، ولا أخرس ، قال : ولو كان [ابن] أحــد المتداعيين، فألحقه بغير أبيه ، قبل، وإن ألحقه بأبيه، لم يقبل • ولو كان عدو أحدهما ، فألحقه به ، قبــل • وإن ألحقه بالآخر ، فــلا ، لأنــه

(١) في الأصل : فالاثنان .

كالشهادة على العدو . ولو كان القاضي قائفاً ، فهل يقضي بعلمه ؟ فيه الخلاف في القضاء بعلمه ، ويشترط كونه مجرباً . وكيفية التجربة : أن يعرض عليه ولد في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، ثم في نسوة ليس فيهن أمه ، فإذا أصاب في الكل ، صار مجرباً . وقبل قوله بعد ذلك . وهل تختص التجربة بالأم ، أم يجوز أن يعرض عليه المولود مع أبيه في رجال ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : الثاني . وبه قطع العراقيون وغيرهم ، لكن العرض مع الأم أولى . وأما تكرار العرض ثلاثاً ، فقد جعله الشيخ أبو حامد وأصحابه شرطاً . وقيل : يكفي مرة . وقال الإمام : لا معنى لاعتبار الثلاث ، بل المعتبر غلبة الظن ، بأقواله عن خبرة لا عن اتفاق ، وهذا قد يحصل بدون الثلاثة . وإذا حصلت التجربة ، اعتمدنا إلحاقه ، ولا تجدد التجربة لكل إلحاق .

الركن الثالث : الولد الملحق ، ويعرض على القائف في موضعين : أحدهما : أن يتنازع اثنان مولوداً مجهولاً من لقيط أو غيره ، فيعرض على القائف كما سبق في اللقيط . والثاني : أن يشترك اثنان فأكثر في وطء امرأة ، فتأتي بولد لزمان يمكن كونه منهما ، ويدعيه كل منهما فيعرض على القائف . ويتصور الاشتراك في الوطء على الوجه المذكور من وجوه . منها : أن يطأها كل منهما بالشبهة بأن يجدها بفراشه . فيظنها زوجته أو أمته ، فلو كانت في نكاح صحيح ، فوطئت بشبهة ، فوجهان ، قال القاضي أبو الطيب وابن الصباغ : يلحق الولد بالزوج ، لأنها فراشه ، والفراش أقوى من الشبهة ، كما لو طلقها وانقضت عدتها، ونكحت ، وولدت تلحق بالثاني وإن أمكن كونه من الأول ، لأنها فراش الثاني ، والأصح على ما ذكره الروياني وغيره ، وبه قطع الإمام :

أنه يعرض على القائف ، ويكون لمن ألحقه به ، بخلاف صورة الاشتشهاد لأن العدة أمارة ظاهرة في البراءة عن الأول ، وهنا بخلافه •

ومنها : أن يطأ زوجته في نكاح صحيح ، ثم طلقها ، فيطأها آخر بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، بأن ينكحها في العدة جاهلاً بها •

ومنها : أن يطأها اثنان في نكاحين فاسدين ، وأن يطأ الشريكان المشتركة ، وأن يطأ أمته ويبيعها ، فيطأها المشتري ، ولا يستبرىء واحد منهما • فإذا وطىء اثنان في بعض هذه الصور في طهر ، فولدته لما بين أربع سنين وستة أشهر من الوطأين ، وادعياه جميعاً ، عرض على القائف ؛ فإن تخلل بين الوطأين حيضة ، فهي أمارة ظاهرة في حصول البراءة عن الأول ، فينقطع تعلقه ، إلا أن يكون الأول زوجاً في نكاح صحيح ، والثاني واطئاً بشبهة أو نكاح فاسد ، فلا ينقطع تعلق الأول، لأن إمكان الوطء مع فراش النكاح قائم مقام نفس الوطء والإمكان حاصل بعد الحيضة • وإن كان الأول زوجاً في نكاح [فاسد] ، ففي انقطاع تعلقه بتخلل الحيضة قولان ، أظهرهما : الانقطاع ، لأن المرأة لا تصير فراشاً في النكاح الفاسد إلا بحقيقة الوطء ، وسواء كان المتنازعان والواطئان مسلمين وحرين ، أو مختلفي الحال •

فصل

لو استلحق صبياً في يده، أولا في يده، فبلغ وانتفى منه، هل يندفع نسبه ؟ فيه وجهان سبقا في الإقرار واللقيط • فإن استلحق بالغا فأنكر، فقد سبق أنه لا يلحقه ، وإلحاق القائف والحالة هذه ليس بحجة • فلو سكت البالغ ، فقد ذكر الغزالي أنه يلحقه القائف ، وهذا لم أجده لغيره إذا لم يكن هناك إلا واحد عليه ، لكن لو ادعاه اثنان في موضع الاشتباه ، فسكت ، عرض على القائف • فلو وافق أحدهما ، لحقه .

ولا يقبل قول القائف بخلافه . ولو ادعى اثنان صبياً مجهولاً ، ففيه تفصيل سبق في اللقيط .

فصل

ادعى نسب مولــود على فراش غيره بسبب وطء شبهــة ، فإن قلنا : وطء الشبهة لا أثر له إذا كانت المرأة فراشاً لزوج . والولد ملحق بالزوج ، لم تسمع دعواه . وإن قلنا : له أثر ، لم يكف اتفاق الزوجين عليه ، بل لا بــد من البينة على الوطء لأن للولد حقــاً في النسب . واتفاقهما ليس حجة عليه ، فإذا قامت البينة ، عرض على القائف ، فإن كان المدعي نسبه بالغــاً ، واعترف بجريان وطء الشبهــة ، وجب أن يكفي . وإذا استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته ، فهل يلحقها باستلحاقه ؟ وجهان ، الصحيح : لا ، لجواز كونه من وطء شبهة أو زوجة أخرى . ولو استلحق مجهولاً ، وله زوجة ، فأنكرت ولادته . واستلحقته امرأة لها زوج ، فأنكره ، فهل أمه الأولى أم الثـانية ، أم يعرض على القائف فيلحقه بإحداهمــا[1] ؟ فيه أوجه . ولو كــانت الصورة بحالها ، وأقام كل واحد بينة ، فهل بينته أولى من بينتها[2] أم يتعارضان ، أم يعرض على القائف ، فإن ألحقه بالرجل لحقه ولحق زوجته ، وإن ألحقه بالمرأة لحقها دون زوجها ؟ فيه أربعة أوجه حكاها الصيدلاني عن ابن سريج .

فصل

إذا لم يجد قائفاً ، أو تحيرا ، وألحقه بهما ، أو نفاه عنهما . وقفناه حتى يبلغ ، فإذا بلغ أمر بالانتساب إلى أحدهما بحسب الميــل الــذي

---

(١) في الأصل : فإن ألحقه بإحداها .
(٢) في الأصل : فهل أولا أم بينتها .

يجده ، فإن امتنع ، حبس ليختار ، وإذا اختار ، كان اختياره كإلحاق القائف . وإن قال : لا أجد ميلاً إلى أحدهما ، بقي الأمر موقوفاً ، ولا عبرة باختياره قبل البلوغ . وقيل : يخير المميز ، وقد سبق هـذا في اللقيط . ولو ألحقه القائف بأحدهما ، ثم رجع وألحقه بالآخر ، أو ألحقه بآخر قائف آخر ، لم يقبل قوله على الصحيح . وقيل : إذا ألحقه قائف بهذا ، وآخر بذاك ، تعارضا ، وصار كأن لا قائف . وأنه إذا رجع القائف ، فإن كان بعد الحكم بقوله ، لم يلتفت إليه . وإن رجع قبله قبل رجوعه ، لكن لا يقبل قوله في حـق الآخر لسقوط الثقة بقولـه ومعرفتـه .

فرع

إذا ألحقه بهما ، قـال القفال : يستدل بذلك على أنـه لا يعرف الصنعة ، فلا يعتمد بقوله بعده حتى يمضي زمان يمكن التعلم فيه فيمتحن حينئذ ثم يعتمد .

فرع

إذا كانا توأمين ، فألحق القـائف أحدهما بأحدهمـا ، والآخر بالآخر . فهو كما لو ألحق الواحد بهما .

فرع

إذا انتسب المولود إلى أحدهمـا ، ثبت نسبه منه ، ولا يقبـل رجوعه ، وإن انتسب إليهما ، لغا ، وأمر بالانتساب إلى أحدهما . ولو اختلف التوأمان في الانتساب ، لم يعتبر قولهما ، فإن رجع أحدهمـا إلى قول الآخر ، قبل .

فصـل

إذا وطئا في طهر ، فأتت بولد يمكن كونه منهما ، فادعاه أحدهما ،

وسكت الآخر ، أو أنكر ، فقولان : أحدهما : يختص بالمدعي : كمال في يد اثنين ادعاه أحدهما دون الآخر ، يجعل له • وأظهرهما : يعرض على القائف ، لأن للولد حقاً في النسب : فلا يسقط بالإنكار ؛ وإن أنكراه معاً ، عرض ولا تضييع لنسبه •

فرع

نفقة الولد إلى أن يعرض على القائف ، وفي مدة التوقف إلى الانتساب ، تكون عليهما ، فإذا ألحق بأحدهما ، رجع الآخر عليه بما أنفق ، وهل تجب النفقة في حال الاجتنان ؟ يبنى على أن الحمل هل يعلم ؟ إن قلنا : يعلم ، فنعم ، وإلا ، فلا • فإن أوجبناها ، فكان أحدهما زوجاً طلق ، والآخر وطىء بشبهة ، فإن قلنا : النفقة للحامل : فهي على المطلق ، وإن قلنا : للحمل ، فعليهما حتى يظهر الأمر • وإن أوصى للطفل في وقت التوقف ، فليقبلاها جميعاً •

فرع

إذا مات الولد قبل العرض ، فإن تغير ، فقد تعذر العرض . وإلا. فإن دفن ، لم ينبش ، وإلا ، فوجهان ، أصحهما : يعرض . لأن الشبه[1] لا يزول بالموت • والثاني : لا ، لأن القائف قد يبني على الحركة والكلام ونحوهما مما يبطل بالموت • ولو مات أحد المتداعيين . عرض أبوه أو أخوه أو عمه مع الولد ؛ ذكره البغوي •

فرع

من الرعاة من يلتقط السخال في الظلمة ، ويضعها في وعاء . فإذا أصبح ، ألقى كل سخلة إلى أمها ، ولا يخطىء لمعرفته • فقال

---

(١) في الأصل : الشبهة .

الاصطخري : يعمل بقول هذا الراعي إذا تنازعا سخلة ، والصحيح : المنع ، وإنما تثبت القيافة في الآدمي لشرفه وحفظ نفسه .

فرع

لو ألحقه قائف بأحدهما بالأشباه الظاهرة ، وآخر بالآخر بالأشباه الخفية ، كالخلق وتشاكل الأعضاء ، فأيهما أولى ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ؛ ولو ادعاه مسلم وذمي ، وأقام أحدهما بينة ، تبعه نسباً وديناً وإن ألحقه القائف بالذمي، تبعه نسباً لا ديناً ، ولا يجعل حضانته للذمي. ولو ادعاه حر وعبد ، وألحقه القائف بالعبد ، ثبت النسب ، وكان حراً ، لاحتمال أنه ولد من حرة . وبالله التوفيق .

كتاب العتق

تظاهرت النصوص والإجماع على أنه قربة ، ويصح من كل مالك مطلق لا يصادف إعتاقه متعلق حق لازم لغيره ، فلا يصح إعتاق غير مالك إلا بوكالة أو ولاية ، ولا إعتاق صبي ومجنون ومحجور عليه بسفه . وفي المحجور عليه لفلس والراهن والعبد الجاني خلاف سبق في التفليس ، والرهن والبيع . والمريض مرض الموت يعتبر إعتاقه من الثلث . ولا يصح إعتاق الموقوف عليه الموقوف ؛ ويصح إعتاق الذمي والحربي . وإذا أسلم عتيق الكافر . فولاؤه ثابت عليه . ويصح العتق بالصريح والكناية . أما الصريح ، فالتحرير والإعتاق صريحان ؛ فإذا قال له : أنت حر ، أو محرر ، أو أحررتك ، أو أنت عتيق ، أو معتق ، أو أعتقك ، عتق . وإن لم ينو ، ولا أثر للخطأ في التذكير والتأنيث . بأن يقول للعبد : أنت حرة ، أو للأمة : أنت حر . وفك الرقبة صريح على الأصح . والكناية كقوله : لاملك لي عليك ، أو لا

سبيل ، أولا سلطان ، أولا يد ، أولا أمر ، أولا خدمة ، أو أزلت ملكي عنك ، أو حرمتك ، أو أنت سائبة ، أو أنت لله • وصرائح الطلاق وكناياته كلها كنايات في العتق • وقوله : أنت علي كظهر أمي كناية على الأصح ، لاقتضائه التحريم ، كقوله : حرمتك • ولو قال : وهبتك نفسك ، ونوى العتق ، عتق • فإن نوى التمليك ، فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في قوله : بعتك نفسك • ولو كانت أمته تسمى قبل جريان الرق عليها حرة ، فقال لها : يا حرة ، فإن لم يخطر[1] له النداء باسمها القديم ، عتقت ، وإن قصد نداءها ، لم تعتق على الأصح ، وقيل: تعتق ، لأنه صريح • ولو كان اسمها في الحال حرة ، أو اسم العبد حر أو عتيق ، فإن قصد النداء ، لم يعتق • وكذا إن أطلق على الأصح • وفي فتاوى الغزالي : أنه لو اجتاز بالمكاس ، فخاف أن يطالبه بالمكس عن عبده ، فقال : إنه حر ليس بعبد ، وقصد الإخبار ، لم يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو كاذب في خبره • ومقتضى هذا أنه لا يقبل ظاهراً وأنه لو قال : افرغ من هذا العمل قبل العشاء ، وأنت حر ، وقال : أردت : حر من العمل ، دين ، ولا يقبل ظاهراً • وأنه لو زاحمته امرأة في طريق ، فقال : تأخري يا حرة ، فبانت أمته ، لم تعتق • ولو قال لعبد : يا مولاي ، فكناية ، ولو قال له : يا سيدي ، فقال القاضي حسين والغزالي : هو لغو • قال الإمام : الذي أراه أنه كناية •

فرع

قال لعبد غيره : أنت حر ، فهذا إقرار بحريته ، وهو باطل في الحال • فلو ملكه ، حكمنا بعتقه مؤاخذة له بإقراره • ولو قال لعبد الغير : قد أعتقتك ، قال الغزالي : إن ذكره في معرض الإنشاء ، فلغو ،

---

(1) في الأصل : يحط .

أو في معرض الإقرار ، فيؤاخذ به إن ملكه • وقال القاضي حسين : هو إقرار ، لأن « قد » يؤكد معنى المضي في الفعل الماضي • قال الإمام : ومقتضى كلامه أن قوله : أعتقك بلا « قد » لا يكون إقراراً وإن كانت الصيغة في الوضع للماضي ، قال : وعندي لافرق بينهما • والوجه أن يراجع ويحكم بموجب قوله ، فإن لم يفسر ، ترك ، وينبغي أن لا فرق بين قوله : أنت حر ، وقوله : أعتقتك •

فرع

يصح تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض ، قال : ولو قال : جعلت عتقك إليك ، أو حررتك ، ونوى تفويض العتق إليه ، فأعتق نفسه في الحال ، عتق • ولو قال : أعتقتك على كذا ، فقبل في الحال ، أو قال العبد : اعتقني على كذا ، فأجابه ، عتق ، وعليه ما التزم• ولو قال : أعتقتك على كذا إلى شهر ، فقبل ، عتق في الحال ، والعوض مؤجل • ولو أعتقه على خمر أو خنزير ، عتق ، وعليه قيمته ، وكذا لو قال : أعتقتك على أن تخدمني ولم يبين مدة ، أو تخدمني أبداً • ولو قال : على أن تخدمني شهراً ، أو تعمل لي كذا ، وبينه ، فقبل ، عتق ، وعليه ما التزم • ولو خدمه نصف [شهر] ومات ، فللسيد نصف قيمته في تركته •

فروع

أكثرها عن ابن سريج رحمه الله • إذا قال : أول من دخل الدار من عبيدي ، أو أي عبد من عبيدي دخل أولاً ، فهو حر ، فدخل اثنان معاً ، ثم ثالث ، لم يعتق واحد منهم • أما الثالث ، فظاهر ، والاثنان لايوصف واحد منهما بأنه أول • ولو كان اللفظ والحالة

هذه : أول من يدخل وحده ، عتق الثالث . ولو دخل واحد لا غير . فهل يعتق ؟ وجهان في تعليق الشيخ أبي حامد : أصحهما : نعم . ولو قال : آخر من يدخل الدار من عبيدي حر ، فدخل بعضهم بعد بعض ، لم يحكم بعتق واحد منهم إلى أن يموت السيد . فيبين الآخر . ولو قال لعبده : إن لم أحج [العام] فأنت حر ، فمضى العام ، واختلفا في أنه حج ، فأقام العبد بينة أنه كان بالكوفة يوم النحر ، عتق خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله . ولو قال لعبديه : إذا جاء الغد ، فأحدكما حر ، فجاء الغد ، عتق أحدهما ، وعليه التعيين . فلو باع أحدهما أو أعتقه ، أو مات قبل مجيء الغد ، وجاء الغد والآخر في ملكه ، لم يتعين العتق ، لأنه لايملك حينئذ إعتاقهما ، فلا يملك إعتاق أحدهما .ولو باعهما أو أحدهما ، ثم اشترى من باع ، وجاء الغد وهما ملكه ، فعلى الخلاف في عود الحنث . ولو باع نصف أحدهما ، وجاء الغد وفي ملكه نصفه الآخر ، فإليه التعيين ، فإن عين من نصفه له ، وقع النظر في السراية . ولو قال : إذا جاء الغد وأحدكما في ملكي فهو حر ، فباع أحدهما ، ثم جاء الغد والآخر في ملكه ، عتق . وإن باع أحدهما ونصف الآخر ، وجاء الغد ، لم يعتق النصف الباقي ، لأنه لم يبق كل أحد منهما في ملكه .

فصل

في خصائص العتق التي ينفرد بها عن الطلاق ، وهي خمس :

الأولى : السراية ، فمن أعتق بعض مملوك ، فإما أن يكون باقيه له أو لغيره . الحالة الأولى : أن يكون له ، فيعتق كله كما في الطلاق ، سواء الموسر والمعسر . ولو أضاف إلى عضو معين ، كيد ، ورجل ، عتق كله ، كالطلاق . وفي كيفية التكميل إذا أضاف العتق إلى الجزء الشائع وجهان : أحدهما يحصل في الجزء المسمى ، ثم يسري إلى الباقي .

والثاني : يقع على الجميع دفعة ويكون إعتاق البعض عبارة عن إعتاق الكل • وإن أضافه إلى جزء معين ، فوجهان مرتبان ، وأولى بحصوله دفعة . وقد سبق هذا الخلاف بتفاريعه في الطلاق •

ولو أعتق أمته الحامل بمملوك له ، عتق الحمل أيضاً ، لا بالسراية. فإن السراية في الأشقاص ، لا في الأشخاص ، بل بطريق[1] التبع كما يتبعها في البيع ، إلا أن البيع يبطل باستثنائه ، والعتق لا يبطل لقوته • ولهذا لو استثنى عضواً في البيع ، بطل ، بخلاف العتق • ولو أعتق الحمل ، عتق ، ولم يعتق الأم على الصحيح ، لأنها لا تتبعه • وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني : تعتق بعتقه • ولو كانت الأم لواحد، والحمل لآخر ، لم يعتق واحد منهما بعتق الآخر • ولو قال لأمته : إذا ولدت فولدك حر ، أو كل ولد تلدينه حر ، فقد ذكرنا في الطلاق أنها إن كانت حاملاً عند التعليق ، عتق الولد ، وإن كانت حائلاً ، عتق أيضاً على الأصح ، لأنه وإن لم يملك الولد حينئذ ، فقد ملك الأصل المفيد لملك الولد • ولو قال لأمته الحامل : إن كان أول من تلدينه ذكراً فهو حر ، وإن كانت أنثى فأنت حرة ، فولدت ذكراً وأنثى، فإن ولدت الذكر أولاً ، عتق ، ورقت الأم والأنثى ، وإن ولدت الأنثى أولاً ، عتقت الأم والذكر أيضاً ، لكونه في بطن عتيقه ، وترق الأنثى، لأن عتق الأم طرأ بعد مفارقتها • وإن ولدتهما معاً ، فلا عتق ، إذ لا أول فيهما • ولو لم يعلم هل ولدتهما معاً أو مرتباً ، فلا عتق ، للشك • وإن علم سبق أحدهما ، وأشكل ، فالذكر حر بكل حال ، والأنثى رقيقة بكل حال ، والأم مشكوك فيها ، فيؤمر السيد بالبيان ، فإن مات قبل البيان ، فالأصح أنها رقيقة ، عملاً بالأصل • وقال ابن الحداد : يقرع

---

(1) في الأصل : طريق .

عليها بسهم رق وسهم عتق . قال الشيخ أبو علي : ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، لأنا شككنا في عتقها . والقرعة لايثبت مشكوكاً فيه ، وإنما يستعمل في تعيين ما تيقنا أصله . قال الشيخ أبو علي : هذا كله إذا ولدت في صحة السيد ، فلو ولدت في مرض موته . نظر ، إن كان الثلث يفي بالجميع ، لم يختلف الجواب ، وإن لم يف بأن لم يكن له إلا هذه الأمة وما ولدت ، أقرع بين الأم والغلام ، فإن خرجت على الغلام ، عتق وحده إن خرج من الثلث ، وإن خرجت على الأم ، قومت حاملاً بالغلام يوم ولدت الجارية إن ولدتها أولاً . ويعتق منها ومن الغلام قدر الثلث ، فإن كانت قيمة الجارية مائة وقيمة الأم حاملاً بالغلام مائتين ، فيعتق نصفها ونصف الغلام وهو مائة . ويبقى للورثة النصفان ، وهو مائة ، والجارية وهي مائة أخرى .

الحالة الثانية : أن يكون الباقي لغيره ، فيعتق نصيبه ، فإن كان موسراً بقيمة باقية ، لزمه قيمته للشريك ، وعتق الباقي عليه وولاء جميع العبد له ، وإن كان معسراً بقي الباقي على ملك الشريك وإنما يثبت التقويم بأربعة شروط . أحدها : كون المعتق موسراً ، وليس معناه أن يعد غنياً[1] ، بل إذا كان له من المال ما يفي بقيمة نصيب شريكه . قوم عليه ، وإن لم يملك غيره ، ويصرف إلى هذه الجهة كل ما يباع في الدين ، فيباع مسكنه وخادمه ، وكل ما فضل عن قوت يوم . وقوت من تلزمه نفقته ، ودست ثوب يلبسه ، وسكنى يوم ، والاعتبار في اليسار بحالة الإعتاق ، فإن كان معسراً ، ثم أيسر ، فلا تقويم .

ولو ملك قيمة الباقي ، لكن عليه دين بقدره ، قوم عليه على الأظهر ، واختاره الأكثرون ، لأنه مالك لما في يده نافذ تصرفه . ولهذا

---

(١) في الأصل : عيناً .

لو اشترى به عبداً وأعتقه ، نفذ . والثاني : لايقوم ، لأنه غير موسر ، بل لو أبرىء عن الدين ، لم يقوم عليه أيضاً ، كالمعسر يوسر ، فعلى الأول يضارب الشريك بقيمة نصيبه مع الغرماء ، فإن أصابه بالمضاربة ما يفي بقيمة جميع نصيبه ، فذاك ، وإلا اقتصر على حصته ، ويعتق جميع العبد إن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق، وإن قلنا : لاتحصل بنفس الإعتاق ، ضارب الشريك بقيمة باقيه ، إلى أن يعتق الجميع . ولو كان بين رجلين عبد قيمته عشرون، فقال رجل لأحدهما : أعتق نصيبك منه عني على هذه العشرة ،وهو لا يملك غيرها ،فأجابه ، عتق نصيبه عن المستدعي ،ولا سراية ، لأنه زال ملكه عن العشرة بما جرى ، وإن قال : علي عشرة في ذمتي ، فإن قلنا : الدين يمنع التقويم ، لم يقوم ، وإن قلنا : لا يمنع ، فإن قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، عتق جميع العبد ، ويقسم العشرة بين الشريكين بالسوية ، وتبقى لكل واحد خمسة في ذمته، وإن قلنا : لا يحصل بنفس الإعتاق ، عتق من نصيب الشريك بالسراية حصة الخمسة ، وهو ربع العبد ، ويبقى الباقي على الرق ، وللشريك[1] المستدعي منه خمسة في ذمته .

ولو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة ، فأعتق نصيبه منهما وهو موسر بنصف قيمة أحدهما ، نظر إن أعتقهما معاً ، عتق نصيبه منهما ، وسرى إلى نصف نصيب الشريك من كل منهما ، فيعتق من كل منهما ثلاثة أرباعه ، وهذا إذا حكمنا بالسراية في الحال . وقلنا : اليسار بقيمة بعض النصيب يقتضي السراية بالقسط ، وإن أعتق مرتباً ، سرى إلى جميع الأول . ثم إن قلنا : الدين يمنع السراية ، فلا سراية في العبد

---

(١) في الأصل : ويبقى الباقي على الشريك المستدعي .

الثاني ، وإلا فيسري ، وما في يده يصرف إلى الشريك ، والباقي في ذمته . وإن كان الشقصان لشخصين ، صرف إلى كل منهما نصفه . ولو ملك الشقصين ، فأعتقهما معاً ولا مال له غيرهما ، فلا سراية ، لأنه معسر . وإن أعتقهما مرتباً ، عتق كل الأول ، لأن في نصيبه في العبد الآخر وفاء بباقي الذي أعتق شقصه ، ثم إذا أعتق نصيبه من الثاني نفذ العتق في نصيبه ، ولا سراية ، لأنه معسر ، وإنما نفذ إعتاقه نصيبه من الثاني ، لأن حق الشريك لا يتعين فيه ، بل هو في الذمة .

فرع

أعتق شريك نصيبه في مرض موته ، نظر ، إن خرج جميع العبد من ثلث ماله ، قوم عليه نصيب شريكه ، وعتق ، وإن لم يخرج منه إلا نصيبه ، عتق نصيبه ، ولا تقويم ، وإن خرج نصيبه وبعض نصيب شريكه، قوم عليه ذلك القدر، ويجيء فيه خلاف نذكره إن شاء الله تعالى في يسار المعتق ببعض نصيب الشريك . وبالجملة المريض في الثلث كالصحيح في الكل ، وفيما زاد على الثلث معسر . واحتج القاضي أبو الطيب وغيره باعتبار الثلث على أن التقويم يكون بعد موت المريض ، لأن الثلث يعتبر حالة الموت ، حتى إذا لم يف الثلث بجميع العبد حال إعتاقه ، ثم استفاد مالاً ، ووفى[1] عند الموت ، قوم جميعه . وفي « التهذيب » أنه لو ملك نصفين من عبدين متساويي القيمة ، فأعتقهما في مرض الموت ، نظر ، إن خرجا من الثلث ، عتقا ، سواء أعتقهما معاً أو مرتباً ، وعليه قيمة نصيب شريكه ، وإن لم يخرج من الثلث إلا نصيباه ، فإن أعتقهما معاً ، عتق نصيباه ، ولا سراية ، وإن أعتقهما

---

(١) في الأصل : وفى ، بواو واحدة .

مرتباً ، عتق كل الأول ، ولم يعتق من الثاني شيء ، لأنه لزمه قيمة نصيب الشريك من الأول ، وصار نصيبه من الثاني مستحق الصرف إليه ، وإن خرج من الثلث نصيباه ، ونصيب أحد الشريكين ، فإن أعتقهما مرتباً ، عتق جميع الأول ، ولا يعتق من الثاني إلا نصيبه ، وإن أعتقهما معاً ، فوجهان • أحدهما وبه قال ابن الحداد : يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه : نصيباه ، ونصف نصيب الشريك من كل واحد منهما • والثاني : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق كله ، ولم يعتق من الآخر إلا نصيبه ، لأن القرعة مشروعة في العتق ، ولا يصار إلى التشقيص مع إمكان التكميل • وإن لم يخرج من الثلث إلا أحد نصيبه ، فإن أعتقهما معاً ، فوجهان ، أحدهما : يعتق من كل واحد نصف نصيبه ، وهو ربع كل عبد ، وأصحهما : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق منه جميع نصيبه ، ولا يعتق من الآخر شيء • ولو أعتق النصيبين ولا مال له غيرهما ، قال الشيخ أبو علي : إن أعتقهما مرتباً ، عتق ثلثا نصيبه من الأول ، وهو ثلث جميع ماله ، وهو ثلث ذلك العبد ، ويبقى للورثة سدس ذلك العبد ، ونصف العبد الآخر • وإن أعتقهما معاً ومات ، أقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، عتق منه ثلثا نصيبه ، وهو ثلث ماله •

فرع

لو أوصى أحد الشريكين بإعتاق نصيبه بعد موته ، فلا سراية وإن خرج كله من الثلث ، لأن المال ينتقل بالموت إلى الوارث ، ويبقى الميت معسراً ، بل لو كان كل العبد له فأوصى بإعتاق بعضه ، فأعتق ، لم يسر(1) • وكذا لو دبر أحدهما نصيبه ، فقال : إذا مت ، فنصيبي منك حر ، وإن قال في الوصية : أعتقوا نصيبي ، وكملوا العتق ، كملناه ،

---

(1) في الأصل : لم يسري .

إن خرج من الثلث ، وإن لم يخرج كله ، نفذت الوصية في القدر الذي يخرج .

وهنا فائدتان ، إحداهما : قال القاضي أبو الطيب : عندي أنه إذا أوصى بالتكميل ، لا يكمل إلا باختيار الشريك ، لأن التقويم إذا لم يكن مستحقاً لا يصير مستحقاً باختيار المعتق . ألا ترى أن المعتق لو كان معسراً ، ثم أيسر ، أو قال : قوموه علي حتى استقرض ، لايجبر الشريك ، والجمهور أطلقوا ، ووجهه الروياني بأنه متمكن من التصرف في الثلث . وإذا أوصى بالتكميل ، فقد استبقى لنفسه قدر قيمة العبد من الثلث ، فكان موسراً به .

الثانية : ذكر الإمام والغزالي [أن] لصورة الوصية بالتكميل أن يقول : اشتروا نصيب الشريك ، فأعتقوه ، فأما إذا قال : أعتقوه إعتاقاً سارياً ، فلا خير في هذه الوصية[1] ، لأنه لا سراية بعد الموت ، وإن أعتقنا نصيبه ، فالذي أتى به وصية بمحال . ولو ملك نصفي عبدين ، فأوصى بإعتاق نصيبه منهما بعد موته ، أعتق عنه النصيبان ، ولا سراية . ولو قال مع ذلك : وكملوا عتقهما ، فإن خرجا من الثلث ، كمل عتقهما ، وإن خرج الباقي من أحدهما ، فطريقان حكاهما البغوي . أحدهما : فيه الوجهان فيمن أعتق في مرض الموت النصيبين ، ولم يخرج من الثلث إلا نصيباه مع الباقي من أحدهما ، ففي وجه : يعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه ، وفي آخر : يقرع ، فمن خرجت قرعته ، أعتق كله ، وأعتق من الآخر نصيبه لا غير . الثاني : القطع بالقرعة ، لأنه قصد التكميل هنا حيث أوصى به ، فيراعى مقصوده بقدر الإمكان .

---

(١) في الأصل : الصورة .

فرع

لو كان الشريك موسراً ببعض قيمة النصيب ، فوجهان ، الأصح المنصوص في « الأم » : أنه يسري إلى القدر الذي هو موسر بـه • والثاني : لا يسري ، لأنه لا يفيده الاستقلال في ثبوت أحكام الأحرار • ولو كان بن ثلاثة عبد ، فأعتق اثنان نصيبهما ، وأحدهما موسر ، قوم نصيب الثالث عليه بلا خلاف •

الشرط الثاني : أن يحصل عتق نصيبه باختياره ، فلو ملك بعض من يعتق عليه بالقرابة ، نظر ، إن ملكه لا باختياره بأن ورثه ، لم يسر ، وإن ملكه باختيار ، فإن كان بطريق يقصد به اجتلاب الملك كالشراء ، وقبول الهدية والوصية ، سرى ، وإن كان بطريق لا يقصد به التملك غالباً ، لكنه يتضمنه ، فإن كانت عبداً ، فاشترى شقصاً ممن يعتق على سيده ، ثم عجزه سيده فصار الشقص له ، وعتق ، لم يسر على الأصح ، وبه قال ابن الحداد • وإن عجز المكاتب نفسه ، لم يسر ، لعدم اختيار سيده • ولو باع شقصاً ممن يعتق على وارثه ، بأن باع ابن أخيه بثوب ومات ، ووارثه أخوه ، فوجد بالثوب عيباً ، فرده ، واسترد الشقص ، وعتق عليه ، ففي السراية وجهان ، لأنه تسبب في تملكه ، لكن مقصوده رد الثوب •

قلت : الأصح هنا السراية **والله أعلم**

ولو وجد مشتري الشقص به عيباً ، فرده ، فلا سراية ، كالإرث • ولو أوصى لزيد بشقص ممن يعتق على وارثه ، بأن أوصى له ببعض جارية ، له منها ابن ، أو أوصى له ببعض ابن أخيه ، ومات زيد قبل قبول الوصية ، فقبلها ابنه أو أخوه ، عتق عليه الشقص ، ولا سراية

على الأصح ، لأن بقبوله يدخل الشقص في ملك الوارث ، ثم ينتقل إليه بالإرث . فلو أوصى له بشقص ممن يعتق عليه ، ولا يعتق على وارثه ، بأن أوصى له بشقص من أمة ، ووارثه أخوه من أبيه ، فمات وقبل الوصية أخوه ، عتق ذلك الشقص على الميت ، ويسري إن كان له تركة يفي ثلثها بقيمة الباقي ، لأن قبول وارثه كقبوله في الحياة . قال الإمام : هكذا ذكره الأصحاب ، وفيه وقفة ، لأن القبول حصل بغير اختياره . ولو باع عبداً لابنه ولأجنبي ، صفقة واحدة ، عتق نصيب الابن ، وقوم عليه نصيب الشريك .

الشرط الثالث : أن لا يتعلق بمحل السراية حق لازم ، فلو أعتق نصيبه ، ونصيب شريكه مرهون ، سرى على الأصح ، لأن حق المرتهن ليس بأقوى من حق المالك ، وتنتقل الوثيقة إلى القيمة . ولو كاتبا عبداً ، ثم أعتقه أحدهما ، فالصحيح أو المشهور أنه يسري ، وهل يقوم في الحال أم بعد العجز عن أداء نصيب الشريك ؟ فيه خلاف نذكر تفاريعه إن شاء الله تعالى في الكتابة . ولو كان نصيب شريكه مدبراً ، قوم أيضاً على الأظهر ، لأن المدبر كالقن في البيع . فإن قلنا : لا يسري ، فرجع عن التدبير ، قال الأكثرون : لا يسري ، كما لو أعتق وهو معسر ، ثم أيسر . وقيل : يسري ، لزوال المانع ، فعلى هذا هل يحكم بالسراية عند ارتفاع التدبير ، أم يتبين استنادها إلى وقت الإعتاق ؟ وجهان . ولو كان نصيب الشريك مستولداً ، بأن استولدها وهو معسر ، لم يسر على الأصح ، لأن السراية تتضمن النقل ، وأم الولد لا يقبل النقل ، وقيل : يسري ، لأن السراية كالإتلاف ، وإتلاف أم الولد يوجب القيمة . ولو استولدها أحدهما وهو معسر ، ثم استولدها الثاني ، ثم أعتقها أحدهما ، ففي السراية الوجهان .

الشرط الرابع : أن يوجه الإعتاق إلى ما يملكه ليعتق نصيبه ،

ثم يسري ، وذلك بأن يقول : أعتقت نصيبي من هذا العبد ، أو النصف الذي أملكه ، فلو قال : أعتقت نصيب شريكي ، أو نصيب شريكي من هذا العبد حر ، فهو لغو • ولو أطلق فقال لعبد يملك نصفه : أعتقت نصفك ، فهل يحمل على النصف الذي يملكه ، أم على النصف شائعاً ؟ وجهان • وعلى التقديرين يعتق جميع العبد إذا كان موسراً قال الإمام : ولا يكاد يظهر لهذا الخلاف فائدة إلا في تعليق طلاق أو إعتاق • ولو باع نصف عبد يملك نصفه ، فإن[1] قال : بعت النصف الذي أملكه من هذا العبد ، أو نصيبي منه وهما يعلمانه ، صح • وإن أطلق وقال : بعت نصفه ، فهل يحمل على ما يملكه ، أم على النصف شائعاً ؟ وجهان ، فعلى الثاني يبطل في نصيب الشريك • وفي صحته في نصف نصيبه قولا تفريق الصفقة • ولو أقر بنصفه المشترك ، ففيه هذان[2] الوجهان • وقال أبو حنيفة : يحمل في البيع على ما يملكه ، لأن الظاهر أنه لا يبيع مالا يملكه • وفي الإقرار على الإشاعة أنه إخبار ، واستحسن الإمام والغزالي هذا ، وصحح البغوي الإشاعة فيهما •

قلت : الراجح قول أبي حنيفة والله أعلم

فرع

قال كل واحد منهما : إن دخلت دار زيد فأنت حر ، أو فنصيبي منك حر ، فدخلها ، عتق على كل واحد نصيبه ، ولا يقوم ، لأن العتق حصل دفعة ، وكذا لو قال أحدهما : إن كلمت زيداً فنصيبي منك حر ، وقال الآخر : إن شتمته ، فنصيبي منك حر فشتمه • وكذا لو وكلا رجلاً في عتقه فأعتق كله دفعة ، ولا أثر لوقوع التعليقين أو التوكيلين في

---

(١) في الأصل : كان .
(٢) في الأصل : هذا .

وقتين ، وإنما العبرة بوقت الوقوع ، ولهذا لو قال لغير المدخول بها : إذا دخلت الدار فأنت طالق طلقة ، ثم قال بعده : إن دخلتها فأنت طالق طلقتين ، فدخلت ، طلقت ثلاثاً ، كقوله : أنت طالق ثلاثاً . ولو قال أحدهما : أنت حر قبل موتي بشهر ، ونجز الآخر عتقه بعد تعليق الأول بيوم مثلاً ، فله أحوال ، أحدهما : أن يموت المعلق لدون شهر من التعليق ، فيعتق العبد كله على المنجز إن كان موسراً ، لأنه لا يمكن والحالة هذه أن يعتق بالتعليق لئلا يتقدم العتق على التعليق ، وكذا الحكم لو مات بعد مضي شهر من أول شروعه في لفظ التعليق بلا زيادة ، وما لم يمض شهر من تمام التعليق ، لا يمكن أن يعتق بالتعليق.

الثانية : أن يموت لأكثر من شهر بأيام ، فيعتق جميعه على الثاني أيضاً ، لأن العتق بالتعليق إنما يتقدم على الموت بشهر واعتاق المنجز متقدم على الشهر المتقدم على الموت ، فيؤخذ قيمة نصيب المعلق من المنجز لورثة المعلق . هذا إن قلنا السراية[1] تحصل بنفس الإعتاق ، أو قلنا بالتبيين ، وإن قلنا : تحصل بدفع القيمة ، فإذا سبق وقت العتق بالتعليق ، كان في نفوذ العتق عن المعلق خلاف ، كما سنذكره في تفريع أقوال السراية إن شاء الله تعالى .

الثالثة : إذا مات على رأس شهر من تمام صيغة التعليق ، عتق جميع العبد على المعلق .

الرابعة : إذا مات على تمام شهرين من تمام كلام المنجز ، عتق على كل واحد نصيبه ، ولا تقويم ، لوقوع العتقين معاً .

فرع

متى تثبت السراية إذا حكمنا بها ؟ ثلاثة أقوال ، أظهرها : بنفس

(١) في الأصل : بالسراية .

إعتاق الشريك ، والثاني : بأداء قيمة نصيب الشريك . والثالث : موقوف ، فإن رأى القيمة ، تبينا حصول العتق باللفظ ، وإن فات ، تبينا أنه لم يعتق . ويتفرع على الأقوال مسائل .

إحداها : إذا أولد أمة له نصفها ، فإن كان موسراً ، سرى الاستيلاد ، وهل يسري بنفس العلوق أم بأداء القيمة ، أم يتبين كأدائها السراية بنفس العلوق ؟ فيه الأقوال كالعتق . وعلى الأقوال تلزم المستولد نصف المهر لشريكه مع نصف قيمة الأمة ، ثم إن قلنا : يحصل الملك بأداء القيمة ، وجب مع ذلك نصف قيمة الولد . وإن قلنا : يحصل بالعلوق ، أو قلنا بالتبين ، فهل يثبت بعد العتق أو قبله ؟ وجهان ، إن قلنا : بعده ، وجب أيضاً نصف قيمة الولد ، وإن قلنا : قبله ، فلا ، وبه أجاب البغوي . ولو وطئها الثاني قبل أداء القيمة ، فإن أثبتنا السراية بنفس العلوق ، فعلى الثاني كمال المهر للأول ، وللثاني على الأول نصفه ، فيقع المهر قصاصاً . وإن قلنا : يحصل بأداء القيمة ، لزمه نصف المهر ، وله على الأول نصفه ، فيتقاصان . وإن كان الذي أولد معسراً، ثبت الاستيلاد في نصفه ، ونصف الآخر يبقى قناً . وهل يكون الولد كله حراً ، أم تبعض حريته ؟ وجهان أو قولان سبقا في الغنائم .

الثانية : عبد بين ثلاثة ، لواحد نصفه ، وللآخر ثلثه ، وللآخر سدسه ، فأعتق أحدهم نصيبه وهو موسر ، يسري العتق إلى نصيب الشريكين ، وإن[1] كان موسراً ببعض قيمة الباقي[2] وقلنا بالصحيح ، قوم عليه بنسبة المقدور عليه من نصيب كل واحد منهما ، فإذا كان موسراً بثلث الباقي ، قوم عليه ثلث نصيب كل واحد منهما . ولو

---

(١) في الأصل : إن .
(٢) في الأصل : الثاني .

أعتق اثنان منهم نصيبهما معاً ، أو علقا بشرط واحد ، أو وكلا من أعتق عنهما دفعة ، فإن كان أحدهما فقط موسراً ، قوم عليه نصيب الثالث • وإن كانا موسرين ، قوم نصيب الثالث عليهما ، وكيف يقوم ؟ فيه طريقان : أحدهما على قولين : أحدهما : القيمة عليهما بالسوية ، والثاني على قدر الملكين ، كنظيره من الشفعة • والطريق الثاني : القطع بأنها على عدد الرؤوس ، لأن الأخذ بالشفعة من مرافق الملك كالثمرة ، وهنا سبيله سبيل ضمان المتلف ، فيستوي القليل والكثير ، كما لو مات من جراحاتهما المختلفة ، وهذا الطريق هو المذهب باتفاق فرق الأصحاب ، إلا الإمام ، فرجح طريق القولين •

الثالثة : إن قلنا : تحصل السراية باللفظ أو قلنا بالتبين ، اعتبرت قيمة يوم الإعتاق ، وإن قلنا بالأداء ، فهل يعتبر يوم الإعتاق أم الأداء ، أم أكثر القيم من يوم الإعتاق إلى الأداء ؟ فيه أوجه • الصحيح عند الجمهور : الأول ، ورجح الإمام والغزالي الثاني ، فإن اختلفا في قيمة العبد ، فإن كان حاضراً والعهد قريب ، راجعنا المقومين ، وإن مات العبد ، أو غاب ، أو تقادم العهد ، فأيهما يصدق بيمينه ؟ قولان • أظهرهما : المعتق ، لأنه غارم كالغاصب ، ولو اختلفا في صنعة للعبد تزيد في قيمته ، واتفقنا على قيمته لو لم تكن تلك الصنعة ، فإن كان العبد حاضراً وهو يحسن الصنعة ، ولم يمض بعد الإعتاق زمن يمكن تعلمه فيه ، صدق الشريك ، وإن مضى زمن يمكن التعلم فيه ، أو مات العبد ، أو غاب ، فالمذهب أن المصدق المعتق • وقيل : فيه القولان ، ولا يقبل قول العبد : إني أحسنها ، أو لا أحسنها ، بل يجرب • ولو اختلفا في عيب ينقص القيمة ، نظر إن ادعى المعتق عيباً في أصل الخلقة ، بأن قال : كان أكمه أو أخرس ، وقال الشريك : بل بصيراً ناطقاً ، وقد

غاب العبد أو مات ، صدق المعتق بيمينه على المذهب . وقيل : في المصدق قولان ، قال البغوي : الطريقان فيما إذا ادعى النقص في الأعضاء الظاهرة ، أما إذا ادعاه في الباطنة ، فقولان كالصورة الآتية ، لتمكن الشريك من البينة على سلامة الظاهرة . وإن ادعى حدوث عيب بعد السلامة ، بأن زعم ذهاب بصره أو سرقته ، فالأظهر أن المصدق الشريك ، لأن الأصل عدمه ، وخص بعضهم القولين فيما يشاهد ويطلع عليه ، وقطع فيما لا يشاهد بتصديق الشريك لعسر إثباته ببينة .

الرابعة : لو مات المعتق قبل أداء القيمة ، أخذت من تركته . ولو أعسر بعد الإعتاق ومات معسراً ، فإن أثبتنا الإعتاق بنفس اللفظ ، فالقيمة في ذمته . وإن قلنا بالقولين الآخرين ، لم يعتق حصة الشريك. ولو مات العبد قبل أداء القيمة ، فإن قلنا : السراية تحصل باللفظ ، مات حراً موروثاً ، وأخذت من المعتق قيمة حصة الشريك ، وإن قلنا بالتبين ، لزمته القيمة ، فإذا أداها تبينا العتق ، وإن قلنا : يحصل بالأداء ، سقطت القيمة على الأصح ، لأن الميت لايعتق . والثاني : تجب ، لأنه مال استحق في الحياة ، فلا يسقط بالموت . قال الإمام : وعلى هذا يجب على المعتق قيمة نصيب شريكه ، ثم تبين أن العتق حصل قبل موته . وفي « التهذيب » تفريعاً على تأخر السراية أنه يموت نصفه رقيقاً ، ثم ذكر الوجهين في مطالبة الشريك له بقيمة نصيبه ، وهذا ضعيف .

الخامسة : لو أعتق الشريك نصيبه قبل أخذ القيمة ، لم ينفذ إن قلنا بالسراية في الحال ، وإن قلنا بأداء القيمة ، فكذلك على الأصح عند الجمهور ، لئلا يفوت حقاً ثبت للأول ، ونفذه ابن خيران والاصطخري وابن أبي هريرة ، فعلى هذا في نفوذ البيع والهبة ونحوهما

وجهان : الصحيح : المنع ، فإن نفذنا البيع ، فهل للأول أن ينقض البيع. ويبذل القيمة كالشفيع ؟ فيه احتمال للإمام •

السادسة : للشريك مطالبة المعتق[1] بالقيمة على الأقوال كلها . أما على غير التأخير ، فظاهر ، وأما على التأخير ، فلأنه محجور عليه في التصرف فيه ، والحيلولة من أسباب الضمان • قال الإمام : ويلزم على تنفيذ البيع ونحوه أن لايملك مطالبته ، وهو ضعيف • وإذا دفع المعتق القيمة ، أجبر الشريك على قبولها إن وقفنا العتق على أدائها ، وإذا لم ندفع ، ولم يطالبه الشريك ، فللعبد طلب الدفع من هذا ، والقبض من ذاك ، فإن امتنع ، طالبهما الحاكم ، لأن العتق حق لله تعالى • ولو كان الشريك غائباً ، دفع القيمة إلى وكيله ، فإن لم يكن ،جعله القاضي عند أمين ، وله أن يقرها في يد المعتق إن كان ثقة •

السابعة : إذا تعذرت القيمة بإفلاس أو هرب ، فقال الشيخ أبو علي والصيدلاني والروياني : يبقى نصيب الشريك رقيقاً ، ويرتفع الحجر عنه ، إذ لا وجه لتعطيل ملكه عليه بلا بدل ، وفيه احتمال للإمام أنه يثبت العتق ، وجعله الغزالي وجهاً ، فقال : الصحيح أن إعسار المعتق يدفع الحجر ولو عاد اليسار ، قال الشيخ أبو علي : لا يعود التقويم ، لأن حق العتق ارتفع بتخلل الإعسار ، وفيه احتمال للإمام•

الثامنة : إذا قلنا : لاسراية قبل أداء القيمة ، فوطئها الشريك قبل الأداء ، وجب نصف المهر لنصفها الحر • قال الإمام : وليصور في وطء محرم[2] أو في مكرهة وفي النصف الآخر وجهان ، أصحهما :

---

(١) في الأصل : العتق .
(٢) في الأصل : محترم .

لا يجب لأنه ملكه ، والثاني : يجب ويصرف إلى المعتق ، لأنه مستحق الانقلاب إليه • قال الإمام : ويجوز أن يكون للجارية ، وإن قلنا : تحصل السراية بنفس الإعتاق ، وجب لها جميع المهر ، ولا حد للاختلاف في ملكه •

التاسعة : قال لشريكه : إذا أعتقت نصيبك ، فنصيبي حر ، أو فجميع العبد حر ، أو فنصيبي حر بعد عتق نصيبك ، فإذا أعتق المقول له نصيبه ، نظر ، إن كان معسراً ، عتق على كل واحد نصيبه ، وإن كان موسراً ، عتق عليه نصيبه • ثم إن قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، سرى عليه ، ولزمه قيمة نصيب شريكه ؛ لأن السراية قهرية تابعة لعتق نصيبه ، لا مدفع لها ، وموجب التعليق قابل للدفع بالبيع ونحوه • وإن قلنا بالتبين ، فكذلك الحكم إذا أديت القيمة ، وإن قلنا بالأداء ، فنصيب المعلق عمن يعتق فيه وجهان • ولو قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر مع عتق نصيبك ، أو في حال عتق نصيبك ، وقلنا : السراية بنفس الإعتاق ، فوجهان • أحدهما : يعتق نصيب كل واحد عنه ، ولا شيء على المعتق ، وبهذا قال ابن القاص ، وصاحب « التقريب » ، واختاره القاضي أبو الطيب ، وحكاه الروياني عن عامة الأصحاب ، والثاني وبه قال القفال ، واختاره الشيخ أبو علي : يعتق جميعه عن المقول له ، ولا أثر لقوله : مع نصيبك ، لأن المعلق لا يقارن المعلق عليه ، بل يتأخر عنه بلا شك • ولو قال : إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل عتق نصيبك ، فأعتق المقول له نصيبه ، نظر ، إن كانا معسرين أو المعلق معسراً ، عتق نصيب المنجز ، وعتق على المعلق نصيبه قبل ذلك لموجب التعليق ، ولا سراية ، وإن كان المعلق موسراً ، وقلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق ، فوجهان ، من صحح الدور اللفظي ، كابن الحداد يقول : لا ينفذ إعتاق المقول له في نصيبه ، لأنه لو نفذ ، لعتق نصيب

القائل قبله ، ولو عتق لسرى ، ولو سرى لبطل عتقه ، فيلزم من نفوذه عدم نفوذه . وعلى هذا لو قال السيد لعبده : مهما أعتقتك فأنت حر قبله ، لم[1] يتمكن من اعتاقه كما سبق نظيره في الطلاق ، ولو صدر هذا التعليق من الجانبين ، امتنع الإعتاق عليهما . ولو قال أحدهما للآخر: متى بعت نصيبك، فنصيبي حر قبله، لم ينفذ البيع . والمستبعدون لصحة الدور وانسداد باب الطلاق ونحوه أولى بالاستبعاد هنا لتضمنه الحجر على العين ، ومن لا يصحح الدور — وهو الأصح — يقول : يعتق نصيب كل واحد منهما عنه ، ولا شيء لأحدهما على الآخر كما لو قال : مع نصيبك . وإن قلنا : يحصل العتق بأداء القيمة ، فإن نفذنا عتق الشريك قبل أداء القيمة ، عتق نصيب المنجز عليه ، ونصيب المعلق على المعلق . وإن لم ننفذه قال الإمام : تدور المسألة أيضاً ، وعلى هذه الصور جميعاً لو أعتق المعلق نصيبه ، عتق وتثبت السراية إذا وجد شرطها .

العاشرة : إذا قال الشريك الموسر : أعتقت نصيبك ، فعليك قيمة نصيبي ، فأنكر ، فإن كان للمدعي بينة قضي بها ، ومتى يعتق حصة المدعي ؟ فيه الأقوال . وإن لم يكن بينة ، صدق المنكر بيمينه ، فإن حلف ، رق نصيبه ، وإن نكل ، حلف المدعي اليمين المردودة ، واستحق القيمة ، والصحيح أنه لايحكم بعتق نصيب المدعى عليه ، لأن الدعوى إنما توجهت عليه بسبب القيمة ، وإلا فلا معنى للدعوى على إنسان بأنه أعتق عبده ، وإنما هذا وظيفة العبد ، لكن لو شهد آخر مع هذا المدعي ، ثبت العتق بشهادة الحسبة . قال الإمام : وأبعد بعض من لاخبرة له ، فحكم بالعتق تبعاً لدعوى القيمة ، وهل يحكم بعتق

---

(١) في الأصل : ولم .

نصيب المدعي إذا حلف المدعى عليه ، أو نكل وحلف المدعي ؟ إن قلنا بتعجيل السراية ؛ فنعم ؛ لاعترافه بسراية إعتاق المدعى إليه إلى نصيبه ، وإن قلنا بالتأخر ، لم يعتق ، وإذا عتق نصيبه ، لم يسر إلى نصيب المنكر ، وإن كان المدعي موسراً ، لأنه لم ينشىء العتق ، فأشبه ما لو ادعى أحد الشريكين على رجل أنك اشتريت نصيبي وأعتقته ، وأنكر المدعى عليه ، يعتق نصيب المدعي ، ولا يسري . وإن قلنا : لا يعتق إلا بعد أداء القيمة ، لم يعتق نصيب المدعي . ولو صدق المدعى عليه الشريك ، فلا إشكال ، وإن كان المدعى عليه معسراً ، وأنكر ، وحلف ، لم يعتق شيء من العبد ؛ فإن اشترى المدعي نصيبه بعد ذلك ، عتق ما اشتراه ، لاعترافه بحريته ، ولا يسري إلى الباقي . ولو ادعى كل واحد من الشريكين الموسرين على صاحبه أنك أعتقت نصيبك ، وطالب بالقيمة وأنكر ؛ صدق كل واحد بيمينه فيما أنكره ، فإذا حلفا ، فلا يطالب بالقيمة ؛ ويحكم بعتق جميع العبد إن قلنا بتعجيل السراية ، والولاء موقوف ، لأنه لايدعيه أحد . وإن قلنا بتأخر السراية أو بالتبين، فالعبد رقيق ؛ وإن كانا معسرين ، وقال كل واحد للآخر : أعتقت نصيبك ، لم يعتق منه شيء ، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، حكم بعتق ما اشتراه ، ولا يسري ، لأنه لم ينشىء إعتاقاً . وذكر البغوي أنه لو باع أحدهما لعمرو ، والآخر لزيد ، صح ، ولا عتق . ولو باعا لزيد ، حكم بعتق نصفه ، لأنه متيقن ، وهذا ليس بصحيح ولا يقين في واحد من النصفين ، لجواز كونهما كاذبين . وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ؛ عتق نصيب المعسر على قول تعجيل السراية ، وولاؤه موقوف، ولا يعتق نصيب الموسر ، فإن اشتراه المعسر ، عتق كله . ولو طار طائر ، فقال أحدهما : إن كان غراباً فنصيبي من هذا العبد حر ، وقال الآخر : إن لم يكن غراباً ، فنصيبي حر ، ولم يبين الحال ، فإن كانا

معسرين ، فلا عتق ، فإن اشترى أحدهما نصيب الآخر ، حكم بعتق أحد النصفين . ولو باعاه لثالث ، حكم بعتق أحد النصفين أيضاً ، ولا رجوع على واحد منهما ، لأن كل واحد يزعم أن نصيبه مملوك ، هذا هو الأصح ، وبه قال القفال ، وقطع به الغزالي ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه إن اشتراه عالماً بالتعليقين ، فلا رجوع له ، وإن لم يعلم ، ثم علم ، فله الرد ، كما لو اشترى عبداً ، فبان أن نصفه حر ، فعلى هذا يرد العبد ، لأن نصفه حر ، والنصف الآخر معيب بسبب التشقيص . قال الشيخ أبو علي : ولو اختلف النصيبان ، لم يعتق إلا أقلهما . ولو تبادلا النصيبين، فإن لم يحنث واحد منهما صاحبه، بل اعترفا بالإشكال، لم يحكم على واحد منهما بعتق شيء ، والحكم بعد المبادلة كالحكم قبلها . وإن حنث كل واحد الآخر ، حكم بعتق الجميع ، لاعتراف كل واحد بعتق ما صار إليه ، ويكون الولاء موقوفاً . وإن حنث أحدهما صاحبه ، ولم يحنثه الآخر ، حكم بعتق ما صار للمحنث ، وولاؤه موقوف ، ولا يحكم بعتق نصيب الآخر . وإن كانا موسرين ، فإن قلنا بتعجيل السراية ، عتق العبد ، لأنا تتحقق حنث أحدهما ، وإن لم تتمكن من التعيين ، فيعتق نصيبه ، ويسري إلى الثاني ، والولاء موقوف ، ولكل واحد منهما أن يدعي قيمة نصيبه على الآخر ، ويحلفه على البت أنه لم يحنث . وإن قلنا : لاتحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم يحكم بعتق شيء منه ، والحكم كما في المعسرين ، قال الشيخ أبو علي : فإن ادعى كل واحد على صاحبه أنه عتق نصيبه ، وأراد طلب القيمة ،حلفه، كما ذكرنا على قول تعجيل السراية . وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فإن قلنا بتعجيل السراية ، عتق نصيب المعسر بكل حال ، ولا يعتق نصيب الموسر للشك فيه . وإن أخرناها إلى أداء القيمة ، لم يحكم بعتق شيء في الحال ، وللمعسر أن يدعي التقويم على الموسر ويحلفه .

فرع

قال أحدهما : أعتقناه[1] معاً ، وأنكر الآخر ، فإن كانا موسرين، أو كان القائل موسراً ، فقد أطلق ابن الحداد أنه يحلف المنكر ، وتابعه جماعة . قال الشيخ : إنما يحلف عندي إذا قال للمقر : أنت أعتقت نصيبك وأنا لم أعتق وأراد طلب القيمة فيحلفه أنه لم يعتق معه ليأخذ القيمة ، لأن المقر أقر بما يوجب القيمة ، وادعى ما يسقطها ، وهو الموافق في الإعتاق ، فيدفع يمينه المسقط ، فأما إذا قال : لم تعتق نصيبك ، ولا أنا أعتقته ، فلا مطالبة بالقيمة ، ولا يمين . وهل يحكم بإعتاق جميع العبد بإقرار الموسر ؟ إن أثبتنا السراية بنفس الإعتاق . فنعم ، وإن أخرناها ، لم يعتق نصيب المنكر . وإذا حلف المنكر في التصوير الأول أخذ القيمة من المقر ، وحكم بعتق جميع العبد ، وولاء نصيب المنكر موقوف . فلو مات العتيق ، ولا وارث له سوى المقر أخذ نصف ماله بالولاء . وهل له أن يأخذ من النصف الآخر قدر نصف القيمة الذي غرمه للمنكر ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه إن صدق . فالمنكر ظالم له . وهذا ماله بالولاء . وإن كذب ، فهو مقر بإعتاق جميعه . فجميع المال له بالولاء . والثاني لاختلاف الجهة .

: الأول أصح . والله أعلم

وإن رجع المنكر عن إنكاره . وصدق المقر . رد ما أخذ منه . وإن رجع المقر . واعترف بأنه أعتقه كله . قبل . وكان جميع الولاء له . كما لو نفى نسباً يلحقه ثم استلحقه .

---

(1) في الأصل : أعتقنا .

فرع

عبد بين ثلاثة . شهد اثنان منهم أن الثالث أعتق نصيبه . فإن كان الثالث معسرا . قبلت شهادتهما . وحكم بعتق نصيب الثالث . ورق الباقي . وإن كان موسراً . فالأصح وبه قال ابن الحداد أن شهادتهما باطلة . لأنهما متهمان بإثبات القيمة . فلا يعتق نصيبه . ولا يلزمه لهما قيمة . ويعتق نصيبهما . لاعترافهما بالسراية إليه . وقيل : تقبل شهادتهما في عتق نصيبه دون القيمة . وهو ضعيف . والحكم بعتق نصيبهما مفرع على تعجيل السراية . فإن أخرناها . لم يعتق شيء من العبد . لكن لا ينفذ تصرفهما . لاعترافهما بأنه مستحق العتق على الثالث . هكذا حكاه الشيخ أبو علي عن بعض الأصحاب . وصححه . ويجوز أن يقال : قد سبق أن تعذر حصول القيمة بإعسار وغيره يرفع الحجر عن الشريك ، والتعذر هنا حاصل .

الحادية عشرة : إذا قلنا : السراية تحصل بنفس الإعتاق . فله حكم الأحرار في الإرث والشهادة والحد[1] والجناية وإن لم يؤد القيمة. وإن أخرناها إلى أداء القيمة . فله حكم الأرقاء فيها حتى يؤدي . وإن توقفنا في هذه الأحكام .

الثانية عشرة : لو أعتق شركاء له في حبلى ، وهو موسر . ولم يقوم عليه حتى ولدت . عتق معها ولدها ، تفريعاً على السراية في الحال. فأما إذا أخرناها إلى الأداء فنص أنه ينبغي أن لايعتق الولد معها . لأنه إنما يعتق بعتقها إذا كان حملاً ، فأما بعد الولادة فلا . قال القاضي أبو حامد : معناه أن نصيب الذي لم يعتق من الولد مملوك . فأما نصيب المعتق فيجب أن يعتق . وقال ابن الصباغ : عندي أنه أراد أن نصيب الذي لم يعتق من الولد : لايعتق بدفع نصف قيمة الأم وعتقها.

(١) في الأصل : والحج .

وإلا فقد عتق من الولد نصيب المعتق وهو موسر ؛ فوجب أن يسري •

قلت : هذا الذي قاله ابن الصباغ ضعيف • **والله أعلم**

الثالثة عشرة : وكل شريكه في عتق نصيبه ، فقال الوكيل للعبد : نصفك حر ، فإن قال : أردت نصيبي ، قوم عليه نصيب شريكه ، وإن قال : أردت نصيب شريكي ، قوم على الشريك نصيب الوكيل ، وإن أطلق ، فعلى أيهما يحمل ؟ وجهان حكاهما في « الشامل » •

قلت : لعل الأصح حمله على نصيب الوكيل • **والله أعلم**

الرابعة عشرة[1] : مريض له نصفا عبدين ، قيمتهما سواء لا مال له غيرهما ؛ فقال : أعتقت نصيبي من سالم وغانم ، وقلنا : السراية تعجل ، عتق ثلثا نصيبه من سالم ، فقال الوكيل للعبد : نصفك حر ، فإن قال : أردت نصيبي من سالم ومن غانم ، وقلنا : السراية تعجل ؛ عتق ثلثا نصيبه من سالم وهو ثلث ماله ، ولا يعتق من الآخر شيء • ولو قال : نصيبي من هذين حر ؛ عتق ثلثا نصيبه من أحدهما ؛ فيقرع ؛ ويعتق ، فمن خرجت قرعته ، عتق ثلثا نصيبه ؛ وإن نصفاهما ثلث ماله فقال : أعتقت نصيبي من سالم ومن غانم . عتق سالم بالمباشرة والسراية ؛ ولم يعتق من غانم شيء • ولو قال : نصيبي منهما حر . عتق النصفان ، ولا سراية •

الخامسة عشرة : أمة حامل من زوج اشتراها زوجها وابنها الحر معها وهما موسران ؛ فالحكم كما ذكرنا لو أوصى مالكها بهما لهما وقبلا الوصية معاً . وقد ذكرناه في الوصايا . ومختصره أن الأمة تعتق على الابن . والحمل يعتق عليهما . ولا بقوم •

---

(١) في الأصل : الرابع عشر .

السادسة عشرة : شهد رجلان أن زيداً أعتق نصيبه من المشترك وهو موسر ، وحكم القاضي بشهادتهما ، ثم رجعا . فشهادتهما تثبت عتق نصيبه ، ويوجب عليه قيمة نصيب شريكه ، فيغرمان قيمة نصيبه قطعاً ، لأن شهود العتق يغرمون بالرجوع • وهل يغرمان له قيمة نصيب الشريك التي غرمها ؟ قولان ، لأن في تغريم شهود المال قولين سبقا • هذا إذا صدق الشريك الشهود ، وأخذ القيمة ، وعتق جميع العبد . إما بنفس الإعتاق ، وإما بدفع القيمة ، فأما إذا كذبهم . وقال : لم يعتق زيد نصيبه ، فإن عجلنا السراية ، عتق الجميع ، ولا يلزمه للشريك شيء . وإن أخرناها ، قال الشيخ أبو علي : يجبر[1] على أخذ القيمة ليكمل العتق ، ثم يلزمه[2] ردها إن أصر على تكذيب الشهود ، كما لو جاء المكاتب بالنجم الأخير ، فقال السيد : هذا حرام غصبته من فلان ، يجبر على أخذه ، ثم يرده على من أقر له • ولو شهد اثنان على شريك أنه أعتق نصيبه ، وآخران على الشريك الآخر أنه أعتق نصيبه . وهما موسران ، فإن أرخت البينتان ، عتق كله على الاول ، إن عجلنا السراية ، وعليه قيمة نصيب الآخر ، وإن أخرناها إلى أداء القيمة ، فعلى الخلاف السابق في أن إعتاق الثاني قبل أداء القيمة ، هل ينفذ ؟ إن قلنا : لا وهو الأصح ، أخذت قيمة نصيبه من الأول ليعتق ، وإن لم يؤرخا ، عتق العبد كله ، ولا تقويم • فلو رجع الشاهدان على أحدهما ، لم يغرما شيئاً ، لأنا لا ندري أن العتق في النصف الذي شهدا به حصل بشهادتهما ، أم بشهادة الآخرين بالسراية ، فلا يوجب شيئاً بالشك ، وإن رجعوا جميعاً ، فقيل : الحكم كذلك ، والأصح أنهم يغرمون قيمة

---

(١) في الأصل : يجب .
(٢) في الأصل : يلزمها .

العبد ، لأنه إذا لم يكن تاريخ ، فالحكم بعتق العبد معلق بشهادة الأربعة ، ويقدر كأن الإعتاقين وقعا معاً ، وبالله التوفيق •

الخصيصة الثانية : العتق بالقرابة ، فمن ملك أباه ، أو أمه ، أو أحد أصوله من الأجداد والجدات من جهة الأب أو الأم ، أو ملك من أولاده ، وأولاد أولاده وإن سفلوا ، عتق عليه ، سواء ملكه قهراً بالإرث ، أم اختياراً بالشراء والهبة وغيرهما ، ولا يعتق غير الأصول والفروع ، كالإخوة والأعمام والأخوال وسائر الأقارب • وليس لولي الصبي والمجنون أن يشتري لهما من يعتق عليهما ، فإن فعل ، فالشراء باطل • ولو وهب للصبي قريبه ، أو أوصى له به ، نظر ، إن كان الصبي معسراً ، فلوليه قبوله ، ويلزمه القبول على الأصح وظاهر النص • فإذا قبل ، عتق على الصبي • وإن كان موسراً ، نظر ، إن كان القريب بحيث يجب تعففه في الحال ، لم يجز للولي القبول ، وإن كان بحيث لا يجب، فعلى ما ذكرنا في المعسر ، وإذا لم يقبل الولي قبل الحاكم ، فإن لم يفعل ، فللصبي بعد بلوغه القبول ، كذا ذكره الروياني ، وليكن هذا في الوصية • ولو وهب له بعض القريب ، أو أوصى له به ، فإن كان الصبي معسراً ، قبل الولي ، وإن كان موسراً ، زاد النظر في غرامة السراية ، وفيه قولان • أظهرهما : لا يقبل ، لأنه لو قبل ، لعتق على الصبي ، وسرى ، ولزمه قيمة الشريك ، وفيه ضرر • والثاني : يقبل ، ويعتق عليه ، ولا يسري • وقيل : ليس له القبول قطعاً ، وإنما القولان في صحة القبول •

فرع

اشترى في مرض موته قريبه ، فإما أن يشتريه بثمنه أو بمحاباة ، وعلى التقدير الأول ، قد يكون عليه دين ، وقد لا ، وقد سبق بيان

كل ذلك في الوصية ، وذكرنا أنه إذا لم يكن دين ولا وصية ، اعتبر عتقه من الثلث ، فإن خرج كله من ثلثه ، عتق ، وإلا ، عتق قدر الثلث، وإن ملكه بإرث ، عتق من رأس المال على الأصح حتى يعتق كله ، وإن لم يكن مال آخر . وقيل : من الثلث حتى لا يعتق إلا ثلثه ، إذا لم يملك[1] شيئاً آخر . ولو ملكه بهبة أو وصية ، فإن قلنا : الإرث من الثلث ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان ، والمسألة مبسوطة في الوصايا .

فرع

من قواعد كتاب السير أن الحربي إذا قهر حربياً ، ملكه ، قال الإمام : ولم يشترط الأصحاب قصد الإرقاق ، بل اكتفوا بصورة القهر، وعندي لابد من القصد ، فإن القهر قد يكون للاستخدام ، فلا يتميز قهر الإرقاق إلا بالقصد ، فإذا قهر عبد سيده الحربي ، عتق العبد ، وصار السيد رقيقاً له . ولو قهر الزوج زوجته ، واسترقها ، ملكها ، وجاز له بيعها ، وكذا لو قهرت زوجها . ولو قهر حربي أباه أو ابنه ، فهل له بيعه ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، وبه قال ابن الحداد : لا يعتق عليه بالملك . والثاني : نعم ، لأن القهر دائم ، وبهذا أفتى الشيخ أبو زيد ، ويشبه أن يرجح الأول ، ويتجه أن يقال : لا يملكه بالقهر ، لاقتران سبب العتق بسبب الملك ، ويخالف الشراء فإنا صححناه لكونه ذريعة إلى تخليصه من الرق .

فرع

قد سبق أنه لو اشترى بعض قريبه ، عتق عليه ، وسرى إلى الباقي ، وفي معناه قبول الهبة والوصية . ولو ورث نصفه ، لا يسري،

---

(١) في الأصل : يكن .

وشراء الوكيل وقبوله الهبة والوصية كشرائه وقبوله لصدوره[1] عن اختياره، وكذا قبول نائبه شرعاً، حتى لو أوصى له ببعض ابنه ، فمات، وقبل الأخ الوصية ، عتق الشقص على الميت ، وسرى إلــى الباقي إن وفى به الثلث ، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته • ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه ، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه ، فمات، وقبل الأخ الوصية ، عتق الشقص على الميت ، وسرى إلى الباقي إن وفى به الثلث ، وينزل قبول وارثه منزلة قبوله في حياته • ولو أوصى له ببعض من يعتق على وارثه ، بأن أوصى له ببعض ابن أخيه ، فمات ، وقبل الأخ الوصية ، عتق الشقص ولا سراية على الأصح ، لأن الملك حصل للميت أولاً ، ثم انتقل إلى الأخ إرثاً ، ويجري الخلاف في السراية حيث يملك بطريق اختيار يتضمن الملك ، ولا يقصد به التملك ، كما إذا باع ابن أخيــه بثوب ومات ، ووارثــه الأخ ، فرد الثوب بعيب ، واسترد الشقص ، عتق عليه • وفي السراية الخلاف • ولو وهب لعبد بعض من يعتق على سيده ، فقبل ، وقلنا : يصح قبوله بغير إذن سيده، عتق الموهوب على السيد ، وسرى ، لأن قبول العبد كقبوله شرعاً •

قلت : هذا مشكل ، وينبغي أن لايسري ، لأنه دخل في ملكه قهراً كالإرث • والله أعلم

فرع

جرح عبد أباه ، فاشتراه الأب ، ثم مات بالجراحة • إن قلنــا : تصح الوصية للقاتل ، عتق من ثلثه ، وإلا لم يعتق • وعلى هذا قــال البغوي : ينبغي أن تجعل صحة الشراء على وجهين ، كما لــو اشتراه وعليــه دين •

---

(١) في الأصل : لضرورة .

الخصيصة الثالثة : امتناع العتق بالمرض ، سبق في كتاب الوصايا أن التبرعات في مرض الموت تحسب من الثلث ، وأن العتق من التبرعات وقد يندفع لوقوعه في المرض ، وإنما يعتبر الثلث بعد حط قدر الدين ، فلو[1] كان الدين مستغرقاً ، لم يعتق شيء منه ، فإن أعتق عبد لامال له سواه ، لم يعتق إلا ثلثه ، وإن مات هذا العبد بعد موت السيد ، مات ، وثلثه حر ، وإن مات قبل موت السيد ، فهل يموت كله رقيقاً ، أم كله حراً ، أم ثلثه حراً وباقيه رقيقاً ؟ فيه أوجه . أصحها عند الصيدلاني : الأول ، وبه أجاب الشيخ أبو زيد في مجلس الشيخ أبي بكر المحمودي ، فرضيه وحمده عليه ، لأن ما يعتق ينبغي أن يحصل للورثة مثلاه، ولم يحصل لهم هنا شيء، وتظهر فائدة الخلاف في شيئين: أحدهما : لو وهب في المرض عبداً لا يملك غيره ، وأقبضه ، ومات العبد قبل السيد ، فإن قلنا في مسألة العتق ، يموت رقيقاً مات هنا على ملك الواهب ، ويلزمه مؤونة تجهيزه . وإن قلنا : يموت حراً ، مات هنا على ملك الموهوب له ، فعليه تجهيزه . وإن قلنا بالثالث ، وزعت المؤونة عليهما .

الثاني : إذا كان لهذا العبد ولد من معتقه ، كان ولاء الولد لموالي أمه ، فإن قلنا : يموت حراً ، انجر الولاء إلى معتق الأب ، وإن قلنا : يعتق ثلثه ، انجر ولاء ثلثه . ولو أعتق في مرضه عبداً ، وله مال سواه ، ومات العتيق قبل موت السيد ، قال الإمام : قال جماهير الأصحاب : لايجب من الثلث ، ويجعل كأنه لم يكن ، لأن الوصية إنما تتحقق بالموت ، فإذا لم تبق إلى الموت ، لم يدخل في الحساب ، قال : ويجيء على قولنا حكمه بعد الموت كحكمه لو عاش ، أن يحسب

---

(١) في الأصل : وإن

من الثلث • ولو وهب عبداً ، وأقبضه ، وله مال آخر فتلف في يد المتهب قبل موت الواهب ، فهو كما لو أعتقه ، كما أن هبته ولا مال له سواه كإعتاقه ولا مال له سواه • ولو أتلفه المتهب ، فهو كما لو كان باقياً ، حتى إذا كان له مال آخر ، يحسب الموهوب من الثلث ، وإذا لم يخرج من الثلث ، يغرم الموهوب للورثة مازاد على الثلث ، بخلاف ما إذا تلف ، لأن الهبة ليست مضمنة ، والإتلاف مضمن على كل حال ، وللإمام احتمال في إلحاق التلف بالإتلاف وعكسه •

فرع

أعتق ثلاثة أعبد لا يملك غيرهم ، قيمتهم سواء ، فمات أحدهم قبل موت السيد ، فالذي نص عليه الشافعي رحمه الله ، وأطبق عليه طرق الأصحاب : أن الميت يدخل في القرعة ، قال الإمام : وقياس ماذكرنا في العبد الواحد أن يجعل الفائت كالمعدوم ، ويجعل كأنه أعتق عبدين لا مال له سواهما ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهاً ، والتفريع على الأول ، فإن خرجت القرعة على الميت ، بانأنه مات حراً موروثاً عنه ، ورق الآخران ، وإن خرج عليه سهم الرق ، لم يحسب على الورثة ، لأنهم يريدون المال ، ويحتسب به عن المعتق[1] لأنه يريد الثواب ، وتعاد القرعة بين العبدين ، كما لو لم يكن إلا عبدان ، فأعتقهما ، فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثاه[2] ، ورق ثلثه مع العبد الآخر • ولو خرج سهم العتق أولاً على أحد الحيين ، فكذلك يعتق ثلثاه • ولو مات أحدهم بعد موت السيد وقبل[3] امتداد يد الوارث إلى التركة ، فالحكم كما

(١) في الأصل : عن العتق .
(٢) في الأصل : ثلثه .
(٣) في الأصل : وقال .

لو مات قبل موت السيد ، ولفظ الصيدلاني يقتضي الاكتفاء بأن لا يكون الميت في يده لثبوت الحكم المذكور • وإن مات بعد امتداد يد الوارث إلى التركة ، وقبل الإقراع ، فوجهان • أصحهما : يحسب الميت على الوارث ، حتى لو خرجت القرعة لأحد الحيين ، عتق كله ؛ لأن الميت دخل في يده وضمانه • والثاني : أنه كما لو مات قبل ثبوت يده على التركة ، لأنه لم يتسلط على التصرف • ولو مات اثنان منهم قبل موت السيد ، قال ابن أبي هريرة : يقرع بينهم ، فإن خرج سهم العتق على أحد الميتين ، صح عتق نصفه ، وجعل للورثة مثلاه ، وهو العبد الحي • وإن خرج سهم الرق عليه ، أقرعنا بين الميت الآخر والحي ، فإن خرج سهم الحرية[1] على الميت الآخر ، أعتقنا نصفه ؛ وإن خرج سهم الرق عليه ، لم يحسب على الورثة ، وأعتقنا ثلث الحي • ولو قتل أحد العبيد قبل موت السيد أو بعده ، دخل القتيل في القرعة قطعاً ، لأن قيمته تقوم مقامه ، فإن خرج سهم العتق لأحد الحيين ؛ عتق كله ، ولورثه الآخر قيمة[2] القتيل ، وإن خرج للقتيل ، بان أنه قتل حراً ، وعلى قاتله الدية لورثته ، وأما القصاص فعن بعض الأصحاب أنه لايجب إن كان قاتله حراً ، بخلاف ما إذا قال لعبده : إن جرحك أحد ، فأنت حر قبله ، فجرحه حر ، ومات بالجراحة ، وجب القصاص ؛ لأن الحرية متعينة فيه ، وهنا التعيين بالقرعة • قال البغوي : يحتمل أن يكون في المسألتين وجهان ، لأنه قتل من اعتقد رقه كما لو قتل من عرفه رقيقاً فبان عتيقاً ، ففي القصاص قولان •

الخصيصة الرابعة : القرعة ، وفيها طرفان : أحدهما في محلها :

---

(١) في الأصل : بـه .
(٢) في الأصل : وقيمة .

وهو أن يعتق في مرض موته عبيداً دفعة ، ويقصر عنهم ثلث ماله ، ولا يجيز[1] الورثة عتقهم ، فيقرع بينهم لتجتمع الحرية في بعضهم ،فيعتق، أو يقرب من العتق • وفي الضابط قيود ، أحدها : وقوع الإعتاق في مرض الموت ، فإذا انتفى عتقوا كلهم •

الثاني : أن يعتقهم دفعة بأن يوكل بإعتاق كل واحد وكيلاً ، فيعتقوا معاً ، أو يقول : هؤلاء أحرار ، أو يقول لهم : أعتقتكم ، أو أنتم أحرار ، فإن أعتقهم أولاً قدم الأول فالأول ، إلى تمام الثلث ، كقوله : سالم حر ، وغانم حر ، وفائق حر ، فلو قال : سالم وغانم وفائق أحرار : فهو محل القرعة • ولو قال : سالم وغانم وفائق حر ، فعن القاضي أبي حامد أنه يراجع ، فإن قال : أردت حرية كل واحد منهم ، فهو كقوله : أنتم أحرار ، وإن قال : أردت حرية الأخير ، قبل ، ولا قرعة ، وإن قال : حرية غيره ، لم يقبل •

الثالث : أن يقصر عنهم ثلث ماله ، ولم تجز الورثة ، فإن وفى الثلث بهم ، أو أجاز الورثة ، عتقوا جميعاً • ولو أوصى بإعتاق عبيد ، ولم يف الثلث بهم ، ولم يجز الورثة ، أقرع أيضاً ، وسواء أوصى بإعتاقهم دفعة ، أو قال : أعتقوا فلاناً ، ثم قال : أعتقوا فلاناً ، لأن وقت الاستحقاق واحد ، وهو الموت ، بخلاف ما إذا رتب الإعتاق المنجز إلا أن يقيد ، فيقول : اعتقوا فلاناً ثم فلاناً • ولو علق العتق بالموت،فقال: إذا مت فأنتم أحرار ، أو أعتقتكم بعد موتي ، أو رتب فقال : إذا مت، ففلان حر ، أقرع أيضاً • وفي الوصية والتعليق وجه : أنه لا قرعة ، بل يعتق من كل واحد ثلثه ، والصحيح الأول • ولو قال : أعتقت ثلث كل واحد منكم ، أو أثلاث هؤلاء أحرار ، فوجهان ، أحدهما : لا يقرع ،

---

(١) في الأصل : تجز .

بل يعتق من كل واحد ثلثه لتصريحه بالتبعيض . وأصحهما : يقرع . وقد سبق في الوصايا أنه لو قال : أعتقت ثلثكم ، أو ثلثكم حر ، فهو كقوله : أعتقتكم أم كقوله أثلاث هؤلاء أحرار ، فيه طريقان ، وأنه لو أضاف إلى الموت فقال : ثلث كل واحد حر بعد موتي ، أو أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي ، عتق من كل واحد ثلثه ، ولا قرعة على الصحيح.

فرع

يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة[1] يوم الإعتاق ، وفيمن أوصى بعتقه قيمة يوم الموت أقل ، فالزيادة حصلت في ملكهم وإن كانت يوم القبض أقل ، فما نقص قبل ذلك ، لم يدخل في يدهم ، فلا يحسب عليهم ، كالذي يغصب، أو يضيع من التركة قبل قبضهم ، وإذا أنجز إعتاق عبد ، وأوصى بإعتاق آخر ، قومنا المنجز حال إعتاقه، والآخر حال الموت، وبقية التركة بأقل القيمتين، فإن بقي شيء من الثلث،عتقا ،وإن خرج أحدهما ، أعتقنا المنجز ، فإن بقي شيء من الثلث ، أعتقنا بقدره من الموصى بإعتاقه ، وإن نقص الثلث ، أعتقنا من المنجز بقدره . ولو أعتق في المرض عبداً مبهماً ، بأن قال أحد هؤلاء حر ، أو أوصى بإعتاق واحد منهم ، بأن قال : اعتقوا أحدهم ، ففي « جمع الجوامع » للروياني أنه يكتب رقعة للعتق ، وأخرى للوصية بإعتاق ، ورقعتان للتركة ، فمن خرج له العتق ، فكأنه أعتقه بعينه ، ومن خرج له الوصية ، فكأنه أوصى بإعتاقه ، ثم يكون الحكم كما سبق . وفي « الشامل » أنه يميز الثلث بالقرعة أولاً ، ثم يميز بين المنجز والآخر.

---

(1) في الأصل : قيمته .

فرع

كل عبد من المنجز إعتاقهم عتق بالقرعة يحكم بعتقه من يوم الإعتاق ، لا من يوم القرعة ، ويسلم له ما كسبه من وقت[1] الإعتاق ولا يحسب من الثلث ، سواء كسبه في حياة المعتق أم بعد موته ، وكل من بقي رقيقاً منهم فأكسابه قبل موت المعتق ،تحسب على الوارث في الثلثين ، وأكسابه بعد موته وقبل القرعة لاتحسب عليه، لحصولها على ملكه . فلو أعتق في مرضه ثلاثة أعبد لامال له غيرهم ، قيمة كل واحد مائة ، وكسب أحدهم مائة ، وأقرعنا ، فإن خرجت القرعة للكاسب ، عتق وفاز بكسبه ، ورق الآخران ، وإن خرج لأحد الآخرين، عتق ، ثم تعاد بين الكاسب والآخر ، فإن خرجت للآخر ، عتق ثلثه وبقي ثلثاه مع الكاسب ، وكسبه للورثة ، وإن خرجت للكاسب ، وقع الدور، لأنه يعتق بعضه ، ويتوزع الكسب على ما عتق وعلى ما رق ، ولا يحسب عليه حصة ما عتق ، وتزيد[2] التركة بحصة مارق ، وإذا زادت التركة ، زاد ما عتق ، وتزيد حصته ، وإذا زادت حصته ، نقصت حصة التركة . وطريق استخراجه بيناه في المسائل الدورية من الوصايا والحكم أنه يعتق منه ربعه ، ويتبعه ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه ، وثلاثة أرباع كسبه مع العبد الآخر ، وجملتها ضعف ما عتق ، ولو كسب أحدهم مائتين ، وخرجت القرعة الثانية لغير الكاسب ، عتق ثلثاه[3] وبقي ثلثه ، والكاسب وكسبه للورثة ، وإن خرجت للكاسب ،

---

(١) في الأصل : يوم .
(٢) في الأصل : ويريد .
(٣) في الأصل : ثلثا .

فقد عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيئان ، لأن كسبه مثلا قيمته ، تبقى للورثة أربعة أعبد إلا ثلاثة أشياء تعدل ضعف ماعتق ، وهوعبدان وشيئان فبعد الجبر[1] أربعة أعبد ، تعدل عبدين وخمسة أشياء ، تسقط عبدين بعيدين ، يبقى عبدان وشيئان في مقابلة خمسة أشياء ، فالشيء خمس العبدين ، وهو خمسا عبد ، وذلك أربعون ، فقد عتق مائة وأربعون ، وبقي للورثة ثلاثة أخماسه ستون ، وثلاثة أخماس كسبه مائة وعشرون والعبد الآخر ، وجملتها مائتان وثمانون ، وقد سبقت نظائر هذا في الوصايا . هذا كله في الأكساب الحاصلة في حياة المعتق ، ولو كسب أحدهم في المثال المذكور مائةبعد موته ، فإن خرجت القرعة للكاسب عتق وتبعه كسبه غير محسوب كما لو كسب في الحياة وإن خرجت لغير الكاسب ، عتق، ورق الآخران[2] ، ولاتعاد القرعة للكسب، بل يفوز به الوارث لحصوله في ملكه ، وكسب من أوصى بإعتاقه في حياة الموصى للموصي ، تزيد به التركة والثلث ، وكسبه بعد موته لاتزيد به التركة ولا الثلث بلا خلاف . وهل هو للورثة أم للعبد ؟ طريقان حكاهما ابن الصباغ أحدهما : قولان كالقولين في أن كسب الموصى به بعد موت الموصي وقبل القبول للورثة أو للموصى له ؟ والمذهب القطع بأنه للورثة . والفرق أنه[3] استحق العتق بموت الموصي استحقاقاً مستقراً ، والوصية غير مستقرة ، بل الموصى له بالخيار بين الرد والقبول، وإذا زادت قيمة من نجز إعتاقه، كانت الزيادة كالكسب، فمن خرجت له قرعة العتق ، تبعته الزيادة غير محسوبة عليه ، وكذا لو كان فيمن أعتقهم جارية، فولدت قبل موت المعتق، فالولد كالكسب،

---

(١) في الأصل : الحر .
(٢) في الأصل : الآخر .
(٣) في الأصل : أن .

فإذا خرجت القرعة لها ، تبعها الولد غير محسوب من الثلث ، وإن خرجت لغير من زادت قيمته ، أو التي ولدت ، وقع للدور • ولو أعتق ثلاثة أعبد لامال له غيرهم ، قيمة كل واحد مائة ، فبلغت قيمة أحدهم مائتين ، فهو كما لو كسب أحدهم مائة • ولو أعتق أمتين قيمة كل واحدة[1] مائة ، فولدت إحداهما ولداً قيمته[2] مائة ، فهو كما لو كسب أحدهم مائة ، فإن خرجت القرعة للتي لم تلد ، عتقت ، ورقت الوالدة وولدها ، وهما ضعف ما عتق ، وإن خرجت للوالدة ، عتق منها شيء ، وتبعها من الولد مثله ، يبقى مع الورثة ثلاثمائة إلا شيئين يعدل ضعف ما أعتقنا محسوباً ، وهما شيئان ، فبعد الجبر يعدل ثلاثمائة اربعة أشياء ، فالشيء ثلاثة أرباع مائة ، فعرفنا أنه عتق ثلاثة أرباعها ، وتبعها ثلاثة أرباع الولد ، يبقى للورثة ربعهما والجارية الأخرى ، وجملته مائة وخمسون ، ضعف ماعتق منها • ولو قال لأمته الحامل في مرض موته : أنت حرة ، أو ما في بطنك ، فولدت لدون ستة أشهر من يوم الإعتاق ، ولم يتفق تعيين ، فيقرع ، فإن خرجت للولد ، عتق دون الأم ، وإن لم يف الثلث به ، عتق منه قدر الثلث ، وإن خرجت للأم . عتقت ، وتبعها الولد إن وفى بهما الثلث ، وإلا ، فيعتق منها شيء . ويتبعها من الولد شيء • وطريق استخراجه ما ذكرناه في الوصايا فيمن أعتق عبداً فكسب ، وتقويم الولد بما يكون يوم الولادة ، هذا كله إذا ولدت قبل موت المعتق ، فإن ولدت بعده ، نظر إن ولدت لأكثر من ستة أشهر من يوم الموت ، فالولد ككسب حصل بعد موته ، إن خرجت القرعة للأم ، عتقت ، وتبعها ، وإن خرجت لغير

---

(١) في الأصل : واحد .
(٢) في الأصل : قيمة .

الوالدة ، عتقت ، ولا تعاد القرعة للولد ، لأنه حدث على ملك الورثة، وإن ولدت لأقل من ستة أشهر ، فهل تحسب على الوارث حتى تعاد القرعة ؟ قال البغوي : يبنى على أن الحمل هل يعرف ؟ إن قلنا : لا ، فهو كالحادث بعد الموت ، فلا تعاد ، وإن قلنا : نعم ، فكالحادث قبل الموت ، فتعاد ، وأطلق الصيدلاني وجهين في أنها لو ولدت بعد الموت ، هل يحسب الولد على الورثة من الثلثين ؟ ولو نقصت قيمة من نجز ، عتق بعضهم قبل موت المعتق ، فإن كان النقص فيمن خرجت له قرعة العتق ، حسب عليه ، لأنه محكوم بعتقه من يوم الإعتاق ، وإن كان فيمن رق ، لم يحسب على الورثة إذا لم يحصل لهم إلا الناقص • فلو أعتق عبداً لامال له غيره ، قيمته مائة ، ورجع إلى خمسين ، فقد ذكرنا طريق استخراجه في الوصايا • وحاصله أن يعتق منه الخمس • ولو أعتق ثلاثة أعبد ، قيمة كل واحد مائة ، فعادت قيمة أحدهم إلى خمسين، فإن خرجت القرعة للناقص ، عتق وحده ، لأنه كانت قيمته يوم الإعتاق مائة ، فينبغي أن يبقى للورثة ضعفها ، وإن خرجت لأحد الآخرين ، عتق منه خمسة أسداس ، وهي ثلاثة وثمانون وثلث ، يبقى للورثة سدسه والعبد الآخر والناقص•وجملة ذلك مائة وستة وستون وثلثان ، ضعف ماعتق ، لأن المحسوب على الورثة الباقي بعد النقص ، وهو مائتان وخمسون • ولو أعتق عبدين قيمة كل واحد مائة ، ولا مال له سواهما ، فعادت قيمة أحدهما إلى خمسين ، فإن خرجت القرعة للآخر، عتق نصفه ، وبقي للورثة نصفه مع العبد الناقص ، وهما ضعف ما عتق ، وإن خرجت للناقص ، وقع الدور ، لأنا نحتاج إلى إعتاق بعضه معتبراً بيوم الإعتاق ، وإلى إبقاء ضعفه للورثة معتبراً بيوم الموت ، وحاصله أنه[1] يعتق ثلاثة أخماسه ، يبقى خمساه مع الآخر للورثة • **وإن حدث**

---

(١) في الأصل : أن .

النقص بعد موت المعتق ، وقبل الإقراع ، فهل يحسب على الورثة ؟ قال البغوي : إن كان الوارث مقصور اليد عن التركة ، لم يحسب عليه كما في حال الحياة ، وإلا ، فوجهان ، أصحهما : يحسب عليه .

الطرف الثاني في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها ، وفيه فصلان :

الأول : في كيفية القرعة ، قد سبق في باب القسمة أن للقرعة طريقين ، أحدهما : أن يكتب أسماء العبيد في رقاع ، ثم يخرج على الرق والحرية . والثاني : أن يكتب في الرقاع الرق والحرية ، ويخرج على أسماء العبيد ، وذكرنا أن من الأصحاب من أثبت قولين في أنه يقرع بالطريق الأول أم الثاني ، وأن في كون ذلك الخلاف في الجواز والأولوية خلافاً ، وأن الجمهور قالوا في العتق : يسلك ما شاء من الطريقين ، ولفظه في « المختصر » يدل عليه ، والطريق الأول أخصر . واستحب الشافعي رحمه الله على الطريقتين أن تكون الرقاع صغاراً ليكون أخفى ، وأن تكون متساوية ، وأن تدرج في بنادق ، وتجعل في حجر من لم يحضر هناك ، كما بينا في القسمة ، وأنه يغطى بثوب ، ويدخل من يخرجها اليد من تحته . كل هذا ليكون أبعد من التهمة ، ولا تتعين الرقاع ، بل تجوز القرعة بأقلام متساوية ، وبالنوى والبعر. وذكر الصيدلاني أنه لا يجوز أن يقرع بأشياء مختلفة ، كدواة وقلم وحصاة ، وقد يتوقف في هذا ، لأن المخرج إذا لم يعلم ما لكل واحد منهم لا يظهر حيفه ، ولا يجوز الإعراض عن أصل القرعة ، والتمييز بطريق آخر بأن يتفقوا على أنه إن طار غراب ، ففلان حر ، أو أن من وضع على صبي يده ، فهو حر ، أو أن[1] يراجع شخص لا غرض له

---

(١) في الأصل : وأن .

ونحو ذلك . قال الإمام : فإن كنا نعتق عبداً ، ونرق آخرين ، ورأينا إثبات الرق والحرية ، فقد قال الأصحاب : يثبت الرق في رقعتين ، والحرية في رقعة على نسبة المطلوب في القلة والكثرة ، فإن مايكثر فهو أحرى بسبق اليد إليه . وفي كلامهم مايدل على استحقاق ذلك ، ومنهم من عده احتياطاً ، وقال : يكفي رقعة للرق وأخرى للحرية ، ثم إذا أخرجنا رقعة باسم أحدهم ، فخرجت للحرية، انفصل الأمر،وإن خرجت للرق ، احتجنا إلى إخراجها . قال الإمام : إذا أثبتنا الرق والحرية ، فقال المخرج : أخرج على اسم هذا ، ونازعه الآخرون ، وقالوا : أخرج على أسمائنا ، أو أثبتنا الأسماء ، وقال المخرج : أخرج على الحرية ؛ وقالوا : أخرج على الرق ، أو تنازع الورثة والعبد ، فقال الورثة : أخرج على الرق ، وقال العبد : على الحرية ، فهذا لم يتعرض له الأصحاب ، وفيه احتمالان ، إن أثبت الرق والحرية ؛ أحدهما أنه يقرع بين العبيد أولاً حتى يتعين من يعرض على الرق والحرية ، فإذا تعين واحد ، أخرجت رقعة على اسمه ، والثاني : أن تثبت الحرية على رقعة ، والرق على رقعتين ، ويعطي المخرج كل عبد رقعة ، وقد سبق في القسمة أن تعيين من يبدأ به من الشركاء والأجراء منوط بنظر القسام ؛ فيمكن أن يناط هنا بنظر متولي الإقراع من قاض أو وصي، فيبدأ بمن شاء ، ولا يلتفت إلى مضايقاتهم . واعلم أن إعطاء كل عبد رقعة ، ليس من شرط الإقراع ، بل يكفي الإخراج بأسمائهم وأعيانهم .

الفصل الثاني : في كيفية تجزئة العبيد ، وهي تقع بحسب الحاجة ، فإن أعتق عبدين لا مال له سواهما ، أقرع بإثبات اسميهما في رقعتين ، وإخراج أحدهما على الرق أو الحرية، أو بإثبات الرق والحرية في رقعتين ، والإخراج على اسمهما ، ثم إن استوت قيمتهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه مع الآخر ، وإن اختلفت قيمتهما

كمائة ومائتين ، فإن خرجت الحرية لصاحب المائة ، عتق ، ورق الآخر، وإن خرجت للآخر ، عتق نصفه ، ورق باقية مع الآخر • وإن أعتق عبيداً لامال له سواهم ، فإن كانوا ثلاثة ، واستوت قيمتهم ، فإن شاء كتب أسماءهم وقال للمخرج : أخرج رقعة على الحرية ، فمن خرج اسمه ، عتق ، أو قال : أخرج في الرق حتى يتعين في الآخر الحرية ، والإخراج على الحرية أولى ، لأنه أقرب إلى فصل الأمر • وإن شاء كتب على الرقاع الرق في رقعتين ، والحرية في رقعة ، وقال : أخرج على اسم سالم ، أو أشار إلى عينه وقال : على اسم هذا ، فإن خرج سهم الحرية، عتق ورق الآخران ، وإن خرج سهم الرق ، رق ، وأمرنا بإخراج رقعة أخرى على اسم غانم ، فإن خرج سهم الحرية ، عتق ، ورق الثالث ، وإن خرج سهم الرق فبالعكس • وإن اختلفت قيمتهم كمائة ومائتين وثلاثمائة ، فإما أن نكتب أسماءهم ، فإن خرج اسم الأول ، عتق ، وأخرج رقعة أخرى ، فإن خرج اسم الثاني ، عتق نصفه ، وإن خرج اسم الثالث ، عتق ثلثه ، وإن خرج أولاً اسم الثاني ، عتق ورق الآخران ، وإن خرج اسم الثالث ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه والآخران ، وإما أن نكتب الرق في رقعتين ، والحرية في رقعة، ونخرج على أسمائهم وإن كانوا أكثر من ثلاثة، فإن أمكن تسوية الأجزاء عدداً وقيمة، كستة أو تسعة أو اثني عشر ، قيمتهم سواء جزأناهم ثلاثة أجزاء وصنعنا صنيعنا في الثلاثة المتساوين ، وكذا الحكم في ستة ، ثلاثة منهم قيمة كل واحد منهم مائة ، وثلاثة قيمة كل واحد خمسون ، فيضم إلى كل نفيس خسيساً ، ونجعلهم ثلاثة أجزاء ، وفي ستة اثنان منهم ، قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة ، واثنان قيمة كل واحد مائتان ، واثنان قيمة كل واحد مائة ، فنجعل اللذين قيمتهما أربعمائة جزءاً ، ويضم الى كل نفيس خسيساً ، فيستوي الأجزاء عدداً وقيمة • وإن لم يمكن التسوية

بالعدد ، وتيسرت بالقيمة ، كخمسة قيمة أحدهم مائة ، وقيمة اثنين مائة ، وقيمة اثنين مائة ، جزأناهم كذلك[1] ؛ وأقرعنا • وإن أمكن التسوية بالعدد دون القيمة ، كستة ، قيمة أحدهم مائة ، وقيمة اثنين مائة ، وقيمة ثلاثة مائة ، فوجهان ، الصحيح المنصوص : يجزؤون بالعدد ؛ واثنين وثلاثة ، ويقرع بينهم كما ذكرنا • والثاني : يجزؤون بالعدد ، فيجعل اللذان قيمتهما مائة جزءاً ، والذي قيمته مائة مع واحد من الثلاثة الباقين جزءاً ، ويقرع بينهم فيعتق قدر الثلث على ما سبق • وإن لم يمكن التسوية بالعدد ولا بالقيمة ، كثمانية ، قيمتهم سواء ؛ فقولان ، أظهرهما : يجزؤون ثلاثة أجزاء ، بحيث يقرب من التثليث ، فيجعلون ثلاثة وثلاثة واثنين ، ويقرع ، فإن خرج سهم العتق على ثلاثة ، رق غيرهم ؛ وانحصر العتق فيهم ، ثم يقرع بينهم بسهمي عتق وسهم رق ؛ فلمن خرج له الرق ، رق ثلثه ، وعتق ثلثه مع الآخرين • وإن خرج سهم العتق أولاً على الاثنين ، عتقا ، وتعاد القرعة بين الستة ، ويجعل كل اثنين جزءاً ، فإذا خرج سهم العتق باسم اثنين ، أعدنا القرعة بينهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، عتق ثلثاه • هذا إذا كتبنا في الرقاع الرق والحرية ، وإن كتبنا الأسماء ، فإذا خرج سهم اثنين وعتقا ، لم تعد القرعة بين الستة ، بل يخرج قرعة أخرى ، ثم يقرع بين الثلاثة المسمين فيها ؛ فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثاه ؛ ولا يجوز على هذا القول أن نجزئهم أربعة واثنين واثنين ، لبعد هذه التجزئة على التثليث • والقول الثاني : لايراعى التثليث ، بل يراعى ما هو أقرب إلى فصل الأمر ، فيجوز أن تكتب أسماؤهم في ثمان رقاع ؛ ويخرج

---

(١) في الأصل : لذلك .

واحدة بعد واحدة إلى أن يتم الثلث . ويجوز أن يجعلوا أرباعاً . ثم إن شئنا أثبتنا اسم كل اثنين في رقعة . فإذا خرجت واحدة على الحرية، عتقا ، ثم يخرج رقعة أخرى ، ويقرع بين الاثنين[1] اللذين اسمهما فيها، فمن خرجت له القرعة ، عتق ثلثه[2] ، وإن شئنا أثبتنا الرق والحرية . فأثبتنا العتق في واحدة ، والرق في ثلاث ، فإذا خرجت رقعة العتق لاثنين . عتقا ، ويعيد القرعة بين الستة ، فإذا خرجت لاثنين . أقرعنا بينهما كما سبق ، ولا يبعد على هذا أن يجوز إثبات العتق في رقعتين . والرق في رقعتين ، ويعتق الاثنان اللذان خرجت لهما رقعة العتق أولاً، ويقرع بين اللذين خرج لهما رقعتي العتق الثانية ، وإن كان العبيد سبعة ، فعلى القول الأول يجزئهم ثلاثةواثنين واثنين،وعلى الثاني نجزىء كيف شئنا إلى أن يتم الثلث . وإن كانوا أربعة قيمتهم سواءفعلى الأول نجزئهم اثنين وواحداً ، وواحداً فإن خرج سهم العتق لأحد الفردين . عتق . ثم يعيد القرعة بين الثلاثة . فمن خرج له سهم العتق . عتق ثلثه. وإن خرج للاثنين ، أقرعنا بينهما ، فمن خرج له سهم العتق . عتق كله . وثلث الآخر . وهذا على تقدير إثبات الرق والحرية في الرقاع . وعلى القول الثاني : يثبت اسم كل واحد في رقعة ، ويخرج باسم الحرية . فمن خرج اسمه أولاً ، عتق ، ومن خرج اسمه ثانياً . عتق ثلثه ، وإن كانوا خمسة قيمتهم سواء ، فعلى الأول يجزئهم اثنين واثنين وواحداً ، وعلى الثاني لنا إثبات أسمائهم في خمس رقاع ، ثم القول في الايجاب أم في الاستحباب والاحتياط ؟ فيه وجهان ، وبالأول قال القاضي حسين ، واختاره الإمام . وبالثاني قال الصيدلاني . وهو مقتضى كلام الأكثرين . ولو أعتق عبداً من عبيد على الإبهام . فقد يحتاج إلى

(١) في الاصل : اثنين .

(٢) في الأصل : ثلثا .

تجزئتهم أربعة أجزاء وخمسة وأكثر ، فيجزؤون بحسب الحاجة ، وكذا لو كان على المعتق دين كما سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى .

مسائل : الأولى : إذا أعتق في مرض موته عبيداً لا مال له غيرهم ، ومات وعليه دين ، نظر ، إن استغرقهم الدين ، فهو مقدم ، فيباعون فيه ، وإن لم يستغرقهم ، أقرع بين الدين والتركة ليصرف العتق عما يتعين للدين ، فإن كان الدين قدر نصفهم ، جعلنا حرين ، وأقرعنا بينهما بسهم دين وسهم تركة ، ثم إن شئنا كتبنا أسماء كل حر في رقعة ، وأخرجنا رقعة الدين أو التركة . وإن شئنا كتبنا الدين في رقعة [والتركة في رقعة] ، وأخرجنا إحداهما على أحد الحرين . وإن كان قدر الدين ثلثهم ، جزأناهم ثلاثة أجزاء ، وأقرعنا بينهم بسهم دين وسهمي تركة ، وإن كان قدر الربع ، جزأناهم أربعة أجزاء ، وأقرعنا بسهم دين وثلاثة أسهم تركة . وهل يجوز أن يقرع للدين والعتق والتركة . بأن يقرع والحالة هذه بسهم دين وسهم عتق وسهمي تركة، أو يجزئهم إذا كان الدين قدر نصفهم ستة أجزاء ، ويقرع بثلاثة أسهم للدين وسهم للعتق وسهمين للتركة ؟ فيه وجهان ، الأصح المنصوص : لا ، لأنه لا يمكن تنفيذ العتق قبل قضاء الدين ، ولو تلف المعين للدين قبل قضائه ، انعكس الدين على الباقي من التركة ، وكما لا يقسم شيء على الورثة قبل قضاء الدين ، لا يعتق قبله . والثاني : يجوز ، لأن العمل فيه أخف فلا ينقص به حق ذي حق ، وعلى هذا نقل الغزالي أنا نتوقف في تنفيذ العتق إلى أن يقضى الدين . وفي «التهذيب» مايقتضي الحكم بالعتق في الحال . وإذا قلنا بالمنصوص ، فتعين بعضهم للدين يباع ويقضى منه الدين ، ثم يقرع للعتق وحق الورثة . ولو قال الوارث : أقضي الدين من موضع آخر ، وأنفذ العتق في الجميع ، فهل ينفذ العتق ؟ وجهان ، أحدهما : نعم ، لأن المنع من النفوذ الدين ،

فإذا سقط بالقضاء ، نفذ ، كما لو أسقط الورثة حقهم من ثلثي التركة وأجازوا عتق الجميع . والثاني : لا ، لأن تعلق الدين منع النفوذ لاينقلب نافذاً بسقوطه ، كما لو أعتق الراهن وقلنا : لاينفذ فقال : أنا أقضي الدين من موضع آخر لينفذ ، فإنه لا ينفذ إلا أن يبتدىء إعتاقاً ، وبني الوجهان على أن تصرف الورثة في التركة قبل قضاء الدين هل ينفذ ؟

قلت : ينبغي أن يكون الأصح نفوذ العتق . والله أعلم

فرع

لو أعتق من لا دين عليه عبيداً لا مال له غيرهم . ومات ، وأعتقنا بعضهم بالقرعة ، وأرققنا بعضهم ، فظهر للميت مال مدفون ، فإن كان بحيث يخرج جميعهم من الثلث ، بأن كان المال مثلي قيمتهم، حكم بعتقهم جميعاً ، فندفع إليهم أكسابهم من يوم إعتاقهم ، ولا يرجع الوارث بما أنفق عليه ، كمن نكح امرأة نكاحاً فاسداً على ظن أنه صحيح ، ثم فرق القاضي بينهما ، لا يرجع بما أنفق . وإن خرج من الثلث بعض من أرققناهم ، أعتقناهم بالقرعة ، مثل أن أعتقنا واحداً من ثلاثة ، ثم ظهر مال يخرج به آخر . يقرع بين اللذين أرققناهما ، فمن خرج له سهم الحرية ، عتق . ولو أعتقنا بعض العبيد . ولم يكن عليه دين ظاهر ، ثم ظهر دين ، فإن كان مستغرقاً التركة ، فالعتق باطل ، فإن قال الورثة: نحن نقضي الدين من موضع آخر ، فعلى الوجهين السابقين . واستبعد الشيخ بناءهما على الخلاف في تصرف الورثة في التركة قبل الدين . وقال هناك الوارث ينشىء إعتاقاً من عنده ، ولا يمضي ما فعل الميت . وإنما الخلاف مبني على أن إجازة الوارث لما زاد على الثلث تنفيذ أم ابتداء عطية من الوارث ؟ فإن قلنا : تنفيذ . فله تنفيذ إعتاقه بقضاء

الدين من موضع آخر ، وإلا فينبغي أن يقضي الدين ، ثم يبتدىء إعتاقاً ، وإن كان الدين الذي ظهر غير مستغرق ، فهل يبطل القرعة من أصلها ؟ وجهان ، ويقال : قولان . أحدهما : نعم ، كما لو اقتسم شريكان ، ثم ظهر ثالث ، فعلى هذا يقرع الآن للدين والتركة ولا يبالى بوقوع سهم الدين على من وقعت له قرعة العتق أولاً . وأظهرهما : لا ، ولكن إن تبرع الوارث بأداء الدين ، نفذ العتق ، وإلا فيرد العتق بقدر الدين ، فإن كان الدين نصف التركة ، رددناه في نصف من أعتقنا، وإن كان ثلثها ، رددنا ثلثهم ، فإن كانت العبيد ستة ، قيمتهم سواء ، وأعتقنا اثنين بالقرعة ، فظهر دين بقدر قيمة اثنين بعنا من الأربعة اثنين للدين كيف اتفق ، ويقرع بين المعتقين القرعة أولاً بسهم رق ، وسهم عتق ، فمن خرج له سهم الرق ، رق ثلثاه ، وعتق ثلثه مع الآخر . وإن ظهر الدين بقدر قيمة ثلاثة ، أقرع بين اللذين كان خرج لهما الحرية . فمن خرج له الحرية عتق ، ورق الآخر .

المسألة الثانية : إذا قال لعبيده : أحدكم حر ، أو اثنان حران ، أو أعتقت أحدكم ، فله حالان ، أحدهما : أن ينوي معيناً فيؤمر ببيانه. ويحبس عليه . فإن قال : أردت هذا ، عتق ، ولغيره أن يدعي عليه أنك أردتني ، ويحلفه ، وإن نكل السيد ، حلف هو وعتق . ونو عين واحداً، وقال : أردت هذا ، بل هذا ، أعتقا جميعاً ، مؤاخذة له . ولو قتل واحداً منهم ، لم يكن ذلك بياناً ، بل يبقى الأمر بالبيان . فلو قال : أردت المقتول ، لزمه القصاص . ولو جرى ذلك في إماء ، أو أمتين ، ثم وطىء واحدة ، لم يكن الوطء بياناً ، بل لو بين العتق فيها ، تعلق به الحد والمهر لجهلها بأنها معتقة . ولو مات قبل البيان ، قام[1] وارثه

(١) في الأصل : فأقام .

مقامه على المذهب ، لأنه خليفته ، وربما علمه • وقيل : قولان ، فإن أقمناه ، فبين أحدهم ، عتق ، ولغيره تحليفه على نفي العلم ، فإن لم يكن وارث ، أو قال الوارث : لا أعلم ، فالصحيح أو المشهور أنه يقرع بينهم • وفي وجه أو قول : لا يقرع ، بل يوقف • ولو قال المعتق : نسيت من أعتقته ، أمر بالتذكر • قال الأصحاب : يحبس عليه ، قال الإمام :وفيه احتمال • وإن مات قبل التذكر ، ففي بيان الوارث والقرعة الخلاف ، وهكذا الحكم لو سمى واحداً وأعتقه ثم قال نسيته •

الحال الثاني : أن لا ينوي معيناً ، فيؤمر بالتعيين ، ويوقف عنهم، إلى أن يعين ، ويلزمه الإنفاق عليهم ، فإذا عين أحدهم ، عتق ، وليس لغيره أن ينازع فيه إن وافق على أنه لم ينو معيناً • وإذا قال : نويت هذا ، عتق الأول ، ولغا قوله للثاني ، لأن العتق حصل في الأول ، بخلاف قوله : نويت هذا ، بل هذا ، لأنه إخبار • ثم العتق في المبهم هل يحصل عند التعيين ، أم يتبين حصوله من وقت اللفظ المبهم ؟ وجهان سبق نظيرهما في الطلاق ، وخرج على الخلاف أنه لو مات أحدهم فعينه ، فهل يصح ؟ إن قلنا : يحصل العتق عند التعيين ، فلا ، لأن الميت لا يقبل العتق ،فعلى هذا لو كان الإبهام بين عبدين ، فإذا بطل التعيين في الميت ، تعين الثاني للعتق ، ولا حاجة إلى لفظ • وإن قلنا الإبهام ، صح تعيينه • ولو جرى ذلك في أمتين أو إماء ، فهل يكون الوطء تعييناً لغير الموطوءة ؟ وجهان كما في الطلاق • قال ابن الصباغ : وكونه تعييناً هو قول أكثر الأصحاب • وإذا لم نجعله تعييناً ، فعين العتق في الموطوءة ، فلا حد • وبنى البغوي حكم المهر على أن العتق يحصل عند التعيين ، أم باللفظ المبهم ؟ إن قلنا بالأول ، لم يجب ، وإلا ، وجب • والوطء فيما دون الفرج، والقبلة واللمسة بشهوة مرتب على الوطء إن لم يكن تعييناً ، فهذا أولى ، وإلا فوجهان • والاستخدام مرتب على

اللمس ، والمذهب أنه ليس بتعيين. قال الإمام : هذا يوجب طرد الخلاف في أن الاستخدام في زمن الخيار ، هل يكون فسخاً أو إجازة ؟ والعرض على البيع كالاستخدام . ولو باع بعضهم ، أو وهبه وأقبضه أو أجره. قال البغوي : فيه الوجهان كالوطء ، والإعتاق ليس بتعيين . ثم إن عين فيمن أعتقه ، قبل ، وإن عين في غيره ، عتقا . وقتل السيد أحدهم ليس تعييناً ، ثم إن عين في غير المقتول، لم يلزمه إلا الكفارة، وإن عين في المقتول ، لم يجب القصاص ، للشبهة . وأما المال ، فإن قلنا : العتق يحصل عند التعيين ، لم يجب ، وإن قلنا : عند الإبهام ، لزمه الدية لورثته . وإن قتل أجنبي أحدهم ، فلا قصاص إن كان القاتل حراً ، ثم إن عين في غير المقتول ، لزمه القيمة ، وإن عين فيه وقلنا : العتق يحصل عند التعيين ، فكذلك ، كما لو نذر إعتاق عبد بعينه ، فقتل . وإن قلنا: عند الإبهام ، لزمه الدية لورثة المقتول . ولو مات قبل التعيين ، فهل للورثة التعيين ؟ قولان ، ويقال : وجهان ، أظهرها : نعم .

المسألة الثالثة : قال لأمته : أول ولد تلدينه حر ، فولدت ميتاً . ثم حياً ، لم يعتق الحي ، لأن الصفة انحلت بولادة الميت ، كما لو قال : أول عبد رأيته من عبيدي حر ، فرأى أحدهم ميتاً ، انحلت اليمين . فإذا رأى بعده حياً لا يعتق ، ووافق أبو حنيفة في هذا ، وخالف الأول.

قلت : إن كانت حاملاً حال التعليق ، صح قطعاً ، وكذا إن كانت حائلاً في الأظهر والأصح ، كما لو وصى بما ستحمل[1] والثاني : لا . لأنه تعليق قبل الملك **والله أعلم**

الرابعة : قال لعبده : أنت ابني . ومثله يجوز أن يكون ابناً له . ثبت نسبه ، وعتق إن كان صغيراً ، أو بالغاً وصدقه ، وإن كذبه .

---

(١) في الأصل : يستحمل .

عتق أيضاً وإن لم يثبت النسب ٠ وإن لم يمكن كونه ابنه ، بأن كان أصغر منه على حد لا يتصور كونه ابنه ، لغا قوله ، ولم يعتق ، لأنه ذكر محالاً ٠ هذا في مجهول النسب ، فإن كان معروف النسب من غيره ، لم يلحقه ، لكن يعتق على الأصح ، لتضمنه الإقرار بحريته ٠ ولو قال لزوجته : أنت بنتي قال الإمام : الحكم في حصول الفراق وثبوت النسب كما في العتق ٠

الخامسة : قال لعبديه : أعتقت أحدكما على ألف ، أو أحدكما حر على ألف ، لم يعتق واحد منهما ما لم يقبلا ، فإن قبل كل واحد الألف ، عتق أحدهما ، ولزم السيد البيان ، فإن مات قبله ، ولم يقم الوارث مقامه ، أو لم يكن وارث ، أقرع ، فمن خرجت قرعته ، عتق بعوض ٠ وفي ذلك العوض وجهان ، أصحهما وبه قال ابن الحداد : قيمته ٠ والثاني : المسمى ، قاله أبو زيد ، لأن المقصود العتق ، لا المعاوضة ، فيحتمل إبهام العوض تبعاً للعتق ٠ ولو قال لأمتيه :إحداكما حرة على ألف ، فقبلتا ، ثم وطىء إحداهما ، فهل هو اختيار للملك الموطوءة ويتعين الأخرى للعتق ، وجهان حكاهما الشيخ أبو علي ٠

السادسة : جارية مشتركة ، زوجها الشريكان بابن أحدهما فأتت منه بولد ، يعتق نصفه على الجد ، ولا يسري إلى النصف الآخر إذا لم يعتق عليه باختياره ٠

السابعة : سبق في النكاح أن من نكح أمة غُرَّ بحريتها ،فأولدها، انعقد الولد حراً ، ويلزم المغرور قيمته لمالك الأمة ٠ هذا هو الصحيح ، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه ينعقد رقيقاً ، ثم يعتق على المغرور ، وله ولاؤه ٠ وأنا إذا قلنا : ينعقد حراً فلا قيمة على المغرور ، وهو غريب ضعيف ٠ قال الشيخ : وفي القلب من وجوب القيمة على المغرور

شيء ، لأنه لم يتلف شيئاً على مالك ، وإنما منع دخول شيء في ملكه . لكن ليس فيه خلاف يعتد به ، وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وجوب الضمان ، فلا بد من متابعتهم . وإذا عرفت هذا ، فلو نكح جارية ابنه مغروراً بحريتها ، فأولدها ، فهل يلزمه قيمة الولد ؟ وجهان، أحدهما : لا ، لأنه إن انعقد حراً ، فينبغي أن لا يلزمه شيء ، وإن انعقد رقيقاً ، عتق على الجد بالقرابة ، ولأنه لم يفوت بظن الحرية على الأب رقاً ينتفع به ، لأنه كان يعتق عليه ، وأصحهما : نعم ، وبه قال ابن الحداد . وإن وطئها عالماً بالحال ، ملكه الجد ، وعتق عليه . قال الإمام : ولا يبعد أن يقال : ينعقد حراً .

فروع

في مسائل منثورة :

شهدا أنه قال : أحد هذين العبدين حر ، أو أنه أوصى بإعتاق أحدهما ، أو أنه قال : إحدى هاتين المرأتين طالق ، يقبل ، ويحكم بمقتضى شهادتهما ، ولو ولدت المزني بها ولداً ، وملكه الزاني لم يعتق عليه ، وقال أبو حنيفة : يعتق . ولو قال لعبده : أنت حر كيف شئت ، قال أبو حنيفة : يعتق في الحال ، وقال صاحباه : لا يعتق حتى يشاء ، وقال ابن الصباغ : وهو الأشبه . ولو أوصى بإعتاق عبد يخرج من الثلث ، لزم الوارث إعتاقه ، فإن امتنع ، أعتقه السلطان . ولو كان له عبد مقيد ، فحلف بعتقه أن في قيده عشرة أرطال ، وحلف بعتقه لا يحله هو ولا غيره ، فشهد عند القاضي شاهدان أن قيده خمسة أرطال ، وحكم القاضي بعتقه ، ثم حل القيد فوجد فيه عشرة أرطال ، قال ابن الصباغ : لا شيء على الشاهدين ، لأن العتق حصل

بحل القيد دون الشهادة ، لتحقق كذبهما . قال ابن الحداد : ولو شهد شاهدان أنه أعتق في مرضه هذا العبد ، أو أوصى بعتقه ، وحكم القاضي بشهادتهما ، وشهد آخران أنه أعتق عبداً آخر ، وكل واحد منهما ثلث ماله ، ثم رجع الأولان ، لم يرد القضاء بعد نفوذه ، بل يقرع بينهما ، فإن خرجت القرعة للأول ، عتق ، وعلى الشاهدين الغرم للرجوع ، ويرق الثاني ، وحينئذ يحصل[1] للورثة التركة كلها ، وإن خرجت للثاني ، عتق ، ورق الأول ، ولا شيء على الراجعين ، لأن من شهدا به[2] لم يعتق ، واعترض ابن الصباغ ، فقال : ينبغي أن يعتق الثاني بكل حال ، ويقرع بينهما لمعرفة حال الأول ، فإن خرجت القرعة له ، أعتق أيضاً ، وغرم الراجعان .

فرع

قال ابن الحداد : لو زوج أمته بعبد غيره ، وقبض مهرها ، وأتلفه ، ومات ولا مال له غيرها ، ولم يدخل الزوج بها ، فأعتقها الوارث ، نفذ إعتاقه . قال الشيخ أبو علي : تقدم على هذا فصلين أحدهما : إذا أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى الميت دين ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، لم ينفذ العتق ، هكذا قطع به الشيخ . وعن الشيخ أبي محمد أنه على الخلاف في إعتاق الراهن ، وضعفه الإمام . وإن كان موسراً ، فوجهان ، أحدهما وبه قال ابن الحداد : ينفذ ، وينتقل الدين إلى مال الوارث ، كما لو أعتق السيد الجاني ، هذا لفظ الشيخ ، ونقل الإمام عنه أنا إذا أنفذنا العتق ، نقلنا الدين إلى ذمة الوارث إذا

(١) في الأصل : يجعل .
(٢) في الأصل ونسخ الظاهرية : شهد أنه .

لم يخلف سوى العبد ، قال : وكنت أرى الأمر كذلك ، فالدين لا يتحول إلى ذمة الوارث قط ، لكنه بالإعتاق متلف للعبد ، فعليه أقل الأمرين من الدين ، وقيمة العبد • والثاني : أنه موقوف ، فإذا أدى الوارث الدين من ماله ، تبين نفوذ العتق ، وإلا ، بيع العبد في الدين ، وبان أن العتق لم ينفذ • ولو باع الوارث التركة بغير إذن الغرماء ، لم ينفذ بيعه إن كان معسراً ، وإن كان موسراً ، ففيه أوجه ، أحدها : لا ينفذ كالمرهون ، والثاني : ينفذ ، والثلث : موقوف ، كالعتق • قال الإمام ويجيء مما حكاه الشيخ أبو محمد قول انه يصح بيع الوارث التركة إن كان معسراً كالجاني • قال : وذكر أبو علي تفريعاً على صحة البيع أن الثمن يصرف إلى الغرماء ، وأن المشتري لو دفع الثمن إلى الوارث فتلف في يده ، كان للغرماء تغريم المشتري • قال الإمام : والوجه عندي القطع بأنهم لا يطالبون المشتري • وأنا إذا صححنا البيع ، كان كالإعتاق • قال الإمام : ولزوم البيع بعيد ، فإن بيع الجاني وإن صححناه ، لا يلزم ، مع أن تعلق الأرش به أضعف ، فبيع الوارث أولى بأن لا يلزم •

واعلم أن جميع هذا تفريع على أن الدين لا يمنع الإرث ، فإن قلنا : يمنعه ، فالتركة باقية على ملك الميت ، فلا يصح التصرف للوارث بحال • والحاصل أن المذهب نفوذ العتق من الوارث الموسر ، ومنع البيع •

الفصل الثاني : ذكرنا في النكاح أن الأمة إذا عتقت تحت عبد . فلها الخيار ، فإن فسخت قبل الدخول ، سقط كل المهر ، وعلى السيد رده إن كان قبضه •

إذا تقرر الفصلان ، فينفذ العتق في الحال في فرع ابن الحداد •

ثم إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت ، لوجب رد مهرها ، وصار ذلك ديناً على الميت ، وذلك يمنع[١] نفوذ العتق من الوارث المعسر ، وإذا لم يعتق ، فلا خيار ، ففي إثبات الخيار بقية والمسألة دورية ، وقد سبق طرف منها في النكاح . وإن كان موسراً ، فإن قلنا : ينفذ عتقه ، فلها الفسخ ، وإذا فسخت صار مهرها ديناً ، فيطالبه به المعتق إن كانت قيمتها المهر[٢] لتفويته التركة ، وإن كان مهرها أكثر ، لم يطالب إلا بقيمتها ، لأنه لم يفوت إلا ذلك . وإن قلنا : يتوقف نفوذ العتق على أداء الدين ، فلا عتق ولا خيار ، حتى يرد الصداق إلى سيد العبد ، هكذا ذكره الشيخ أبو علي ، وفيه إشكال ، لأنه لا يثبت لسيد العبد دين ما لم يفسخ ، فكيف يقضي الدين قبل ثبوته .

فرع

مات عن ابن حائز للتركة وهي[٣] ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، فقال الابن : أعتق أبي في مرضه هذا ، وأشار إلى أحدهم ، ثم قال : بل هذا وهذا ، يعني الأول[٤] وآخر معاً ، ثم قال : بل أعتق الثلاثة معاً ، قال ابن الحداد : الأول حر بكل حال ، ويقرع بينه وبين الثاني ، لإقراره الثاني ، ويقرع بين الثلاثة مرة ثانية ، فإذا أقرعنا في المرتين ، فإن خرج سهم العتق للأول فيهما لم يعتق غيره ، وإن خرج للثاني فيهما ، وللأول في الأولى ، وللثاني في الثانية أو بالعكس ، عتقا ، دون الثالث ،

(١) في الأصل : لمنع .
(٢) وعلى هامش الأصل نسخة : قيمتها كمهر المثل .
(٣) في الأصل : وهو .
(٤) في الأصل : أول .

وإن خرج للأول في الأولى ، وللثالث في الثانية عتقا دون الثاني ، وإن خرج للثاني في الأولى ، وللثالث في الثانية ، عتقوا كلهم . قال الشيخ أبو علي : ولو كانت قيمتهم مختلفة بأن كانت قيمة الأول مائة ، والثاني المضموم إليه مائتين ، والثالث ثلاثمائة ، فالأول حر بكل حال . لإقراره الأول ، وهو دون الثلاثة ، فإذا أقرعنا بينه وبين الثاني ، وخرج سهم العتق للأول ، عتق من الثاني أيضاً نصفه ، وإن خرج السهم للثاني ، عتق كله . وإذا أقرعنا بين الثلاثة لإقراره الثالث ، فإن خرج سهم العتق للثالث ، عتق ثلثاه ، وذلك ثلث ماله ، وإن خرج للثاني ، لم يعتق الثالث ، سواء خرجت القرعة الأولى على الثاني ، أو لم تخرج، لأنه ثلث ماله ، وإن خرجت للأول ، فهو نصف الثلث ، فتعاد القرعة لإكمال الثلث بين الثاني والثالث ، فإن خرجت على الثاني ، رق الثالث، ولا يعتق من الثاني إلا ما عتق بالقرعة الأولى ، وهو كله أو نصفه ، وإن خرجت على الثالث ، عتق ثلثه . ولو كانت قيمة الأول ثلاثمائة ، والثاني مائتين ، والثالث مائة ، عتق من الأول ثلثاه ، ثم يقرع بينه وبين الثاني ، فإن خرج سهم العتق للأول ، لم يرد شيء ، وإن خرج للثاني ، عتق كله ، ثم يقرع بين الثلاثة ، فإن خرج للأول أو الثاني ، لم يرد شيء على ما عتق ، وإن خرج للثالث ، عتق كله .

فرع

مات عن ثلاثة بنين ، وله ثلاثة أعبد ، قيمتهم سواء ، فأقر أحد البنين أن أباه أعتق في مرضه هذا العبد ، وأقر آخر أنه أعتقه مع هذا الآخر ، وأقر الثالث أنه أعتق الثلاثة معاً ، عتق الأول ، لأن أحد البنين أقر بعتقه ، فنفذ في حصته وهي ثلثه ، ثم يقرع بينه وبين المضموم إليه ، لإقرار الثاني ، فإن خرج سهم العتق للأول ، عتق منه ثلث آخر ، وهو حصة المقر ، وإن خرج للثاني ، عتق ثلثه لهذا المعنى ، ثم يقرع بين الثلاثة فمن خرج له سهم العتق ، عتق كله . وإذا حكمنا بعتق بعض

عبد ، فلا سراية ، لأنهم لم يباشروا الإعتاق ، ولا أقروا به على أنفسهم • ومن أعتقنا بعضه بإقرار أحد البنين إذا وقع القسمة في نصيب ذلك المقر، أو صار له بوجه آخر ، حكم عليه بعتقه ، لإقراره بأنه[1] حر كله •

فرع

شهد اثنان على ميت أنه أوصى بعتق عبده سالم وهو ثلث ماله ، وقال الوارث : أوصي بعتق غانم وهو ثلثه ، فإن لم يكذب الوارث الشاهدين ، واقتصر على أنه أوصى بعتق هذا ، عتق الأول بموجب البينة ، وأقرع بينه وبين الثاني ، لإقرار الوارث ، فإن خرجت القرعة للأول ، لم يعتق الثاني ، وإن خرجت للثاني ، عتق ، ولم يرق الأول ، لأنه مستحق العتق بالبينة ، فلا يتمكن الوارث من إبطاله بالإقرار . وقد تعمل القرعة في أحد الطرفين دون الآخر كما سبق • وإن أقر الوارث أنه أعتق الثاني ، وكذب الشهود في الأول ، عتقا جميعاً ، الأول بالشهادة ، والثاني بالإقرار • ولو شهد أجنبيان بأنه أوصى بإعتاق عبد هو ثلث ماله ، وشهد وارثان بأنه أوصى بإعتاق آخر ، فإن كذب الوارثان الأجنبيين ، عتقا عتقاً ، وإلا أقرع كما سبق •

ثلاثة إخوة في أيديهم أمة وولدها ، وهو مجهول النسب ، قال أحدهم : هي أم ولدي ، وهو ولدي منها ، وقال الثاني : هي أم ولد أبينا ، والولد أخونا ، وقال الثالث : هي أمتي ، وولدها عبدي ، فالكلام في أحكام الأول نسب الولد ، فلا يثبت من أبيهم • وأما ثبوته

---

(1) في الأصل : بـه .

من الذي استلحقه ، فإن قلنا : إن من استلحق عبداً مجهول النسب . لحقه ، ثبت نسبه منه ، وإلا فلا ، على الأصح • الثاني القائل : هي أم ولد أبينا ، لا يدعي لنفسه شيئاً على الآخرين ، فلا يحلفهما ، لكن إن ادعت الأمة ذلك ، وأنها عتقت لموت الأب ، حلفهما أنهما لا يعلمان الأب أولدها ، وأما الآخران ، فكل واحد منهما يدعي ما في يد صاحبه. هذا يقول : هي مستولدتي ، وذلك يقول : ملكي ، فيحلف كل واحد الآخر على نفي ما يدعيه في الثلث الذي في يده • الثالث القائل : هي أم ولد أبينا ، لا غرم له ؛ لأنه لا يدعي لنفسه شيئاً ولا عليه ، والذي يدعي الاستيلاد يلزمه الغرم للذي يدعي الملك ؛ لاعترافه بأنه فوت عليه نصيبه من الأمة ، والولد هكذا عللوه[1] ومقتضاه أن يكون الصورة فيما إذا سلم أنه كان لمدعي الرق منها نصيب بالإرث أو غيره ، وإلا فلا يلزم من قوله : مستولدتي كونها مشتركة من قبل • وكم يغرم ؟ وجهان بناء على أن الجارية في يد من هي ؟ وفيه وجهان : أحدهما : لا يد عليها للقائل : مستولدة أبينا ، لأنها حرة بزعمه ، فتكون في يد الآخرين • وأصحهما في يد الثلاثة حكماً ؛ فعلى الأول يلزمه لمدعي الرق نصف قيمتها وقيمة الولد ؛ وعلى الأصح ثلث قيمتهما[2] . وبه أجاب ابن الحداد • الرابع : الولد حر بقول من يقول : مستولدة الأب . ومن يقول : مستولدتي ، قال الشيخ أبو علي : ويعتق عليه نصيب مدعي الرق ونصيبه من الجارية ؛ هكذا ينبغي أن يكون •

---

(١) عبارة الأصل : من الامة والولد الذى هكذا عللوه .

(٢) في الأصل : قيمتها .

فرع

قال لعبديه : أحدكما حر ، ثم غاب أحدهما ، فقال للذي لم يغب وعبد[1] ثالث : أحدكما حر ، ثـم مات قبل البيان ، قال الأستاذ أبو إسحاق : يقرع بين الأولين ، فإن خرج سهم العتق للذي غاب ، عتق ، وتعاد القرعة بين الآخرين ، فمن خرجت له ، عتق أيضاً . وإن خرجت أولاً للذي لم يغب ، عتق ، ولا تعاد ، لأن تعيين القرعة كتعيين المالك ؛ ولو عين الذي لم يغب للعتق ، ثم قال له وللآخر : أحدكما حر ، كـان صادقاً ، ولم يقتض ذلك عتق الآخر . وقـال الماسرجسي: إن خرجت القرعة للذي لم يغب ، تعاد ، لأنه يحتمل أنه أراد بقوله : الثاني الـذي حضر آخراً ، فإن خرجت القرعة الثانية للذي لم يغب أيضاً ، لم يعتق ، وإن خرجت للآخر ، عتق أيضاً ، ومال الإمام إلى هذا ، ورجح الشيخ أبو علي الأول .

فرع

له أربع إماء ، فقال : كلما وطئت واحدة منكن ، فواحدة منكن حرة ، ثم وطيء إحداهن ، عتقت إحداهن . وهل تدخـل الموطوءة في العتق المبهم ؟ ينبى على الوجهين السابقين في أن الوطء هل يكون تعييناً للملك[2] في الموطوءة والعتق في غيرها ؟ إن قلنا : نعم وعليه فرع ابن الحداد ، فأول الوطء لا يتضمن التعيين ، لأن العتق معلق به ؛ وما لم

---

(١) في الأصل : وعند .
(٢) في احدى نسخ الظاهرية : للمالك .

يوجد . لا يثبت استحقاق العتق • فلو نزع بمجرد تغييب الحشفة ؛ دخلت الموطوءة في العتق المبهم . وإن استدام ؛ فهل تتضمن الاستدامة التعيين وإخراج الموطوءة عن استحقاق العتق ؟ وجهان ، أحدهما هو قول أبي زيد : نعم . فيقرع بين الثلاث البواقي ، وأصحهما وبه قال ابن الحداد : لا . لأنه وطء واحد ، ولهذا لا يستحق بالاستدامة عتق آخر فيقرع بين الأربعة ، وهذا كمن قال لأمته : إن وطئتك فأنت حرة ؛ فوطئ ونزع في الحال ؛ لا يلزمه مهر ، وإن استدام ، فوجهان كنظيره في الحلف بالطلاق • وإن وطئ ثلاثاً منهن ، واستدام ، عتق بكل وطء أمة . فإن جعلنا الوطء تعييناً ، والاستدامة متضمنة للتعيين ، عتقت الأولى والثانية والرابعة بلا قرعة[1] . ورقت الثالثة ؛ لأنه لما وطئ الأولى فبتغييب الحشفة ثبت عتق واحدة ، فإذا استدام ، خرجت هي عن الاستحقاق ، لتعينها للملك . والثانية والثالثة تعينتا للملك بوطئهما[2] فتعينت الرابعة للعتق . وبوطء الثانية ثبت حق العتق لها . وللأولى والثالثة . لأن الرابعة علقت بالوطء الأول ، فإذا استدام خرجت هي عن الاستحقاق وخرجت الثالثة أيضاً بوطئها ، فتعينت الأولى للعتق فإذا وطئ الثالثة . لم تبق إلا هي والثانية ، واستدامة الوطء فيها إمساك ، فيعين العتق في الثانية . وإن جعلنا الوطء تعييناً . ولم نجعل الاستدامة تعييناً . أقرع بين الأولى والرابعة ؛ لأنه أمسك الثانية والثالثة بوطئهما للملك . فإن خرجت القرعة للرابعة . عتقت . وبوطء الثانية يستحق عتق آخر . لكن لاحظ فيه للرابعة . لأنها عتقت بالوطء الأول . ولا للثالثة ؛ لأنه أمسكها بالوطء ، فهو إذاً متردد بين

---

(١) في الأصل : رفعة .
(٢) في الأصل : بوطئها .

الأولى والثانية . فيقرع بينهما . فمن خرجت لها القرعة . عتقت . وبوطء الثالثة يستحق [عتق] آخر . ولاحظ فيه للرابعة . ولا لمن عتق من الأولى والثانية . فإن عتقت الأولى . أقرعنا بين الثانية والثالثة. وإن عتقت الثانية . أقرعنا بين الأولى والثالثة . وإن خرجت القرعة الأولى للأولى دون الرابعة . عتقت . وبوطء الثانية يتردد العتق بينها وبين الرابعة . لأن الأولى عتقت . والثالثة تعينت بالوطء للإمساك . فمن خرجت لها القرعة ؛ عتقت . وبوطء الثالثة يستحق عتق آخر لا حظ فيه للأولى . ولا لمن عتقت[1] والثانية والرابعة . فإن عتقت الثانية . أقرعنا بين الثالثة والرابعة ؛ وإن عتقت الرابعة . أقرعنا بين الثانية والثالثة . وإن قلنا : الوطء ليس بتعيين ؛ أقرع ثلاث مرات . لاستحقاق العتق لثلاث منهن . يقرع بوطء الأولى بين الأربع بسهم عتق وثلاثة أسهم رق . فإن خرجت الرابعة ؛ عتقت . ولا مهر لها ؛ لأنه لم يطأها ؛ وإن خرجت الأولى . عتقت . وهل تستحق المهر ؟ يبنى على أن استدامة[2] الوطء هل يوجب مهراً ؟ وإن خرجت للثانية أو الثالثة . عتقت . ولها المهر . لأنا تبينا أنه وطئها بعد حصول عتقها . ثم يقرع لوطء الثانية بين الثلاث البوافي بسهم عتق . وسهمي رق . فإن خرجت للرابعة . فلا شيء لها وإن خرجت الثانية . ففي استحقاقها المهر الوجهان . وإن خرجت لثالثة . استحقت . وإن خرجت القرعة [الحرية] في المرة الأولى للثانية . أقرعنا لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة . فإن خرج سهم العتق للأولى . فلا مهر لها بلا خلاف . لأن عتقها متأخر عن وطئها . وإن خرج للرابعة . فكذلك . لأنه لم يطأها .

---

(١) في الأصل : عنق .
(٢) في الأصل : استدامه .

وإن خرج للثالثة ، فلها المهر . لأنا تبينا أنها عتقت قبل وطئها . ثم يقرع لوطء الثالثة بين الباقيين بسهم عتق ، وسهم رق . فإن بقيت الثالثة والرابعة ، وخرجت القرعة للرابعة ، فلا مهر . وإن خرجت للثالثة ؛ فهل لها المهر ؟ فيه الوجهان ، وإن بقيت الأولى والثانية . فلا مهر لمن خرجت لها القرعة منهما ، لتقدم وطئها على عتقها ، وفيه وجه أنه يقرع بين الأربع دفعة واحدة بثلاثة أسهم عتق . وسهم رق ، فتعتق ثلاث . وترق واحدة ، وهذا صحيح لمعرفة الرق والعتق ، لكن لا يصرف به المهر . وموضع الخلاف فيه والوفاق . ولو وطىء الأربع . عتقن كلهن . ونحتاج للمهر[1] إلى الإقراع ثلاث مرات بين الأربع مرة بسهم عتق . وثلاثة أسهم رق ، ثم مرة بين ثلاث منهن بسهم عتق ، وسهمي رق ، ثم مرة بين الباقيتين بسهم عتق . وسهم رق . واستيعاب الاحتمالات[2] يطول . وضابطه أن ينظر في كل قرعة ، فمن بان أنها عتقت قبل وطئها . فلها المهر ، وفيمن عتقت بوطئها الوجهان . أما إذا قال : كلما وطئت واحدة منكن ، فواحدة من صواحبها حرة ووطئهن . فإن قلنا : الوطء يعين الملك في الموطوءة ، عتقت الرابعة بوطء [الأولى] . والأولى بوطء الثانية ، والثانية بوطء الثالثة ، ورقت الثالثة . وإن قلنا : لا يعين، عتق ثلاث ، ورقت واحدة ، فيقرع لوطء الأولى بين الثلاث البواقي . فإن خرجت القرعة للثانية . عتقت ، ثم يقرع لوطء الثانية بين الأولى والثالثة والرابعة ، فإن خرجت للأولى أو للرابعة ، عتقت . وإذا وطىء الثالثة ، عتقت الباقية من الثلاث وهي الأولى أو الرابعة . وإن خرجت القرعة الثانية للثالثة . عتقت . فإذا وطىء الثالثة ، عتقت الباقية منهن

---

(١) في الأصل : نحتاج المهر .
(٢) في الأصل : الاحتمالان .

وهي الأولى أو الرابعة . وإن خرجت القرعة الثانيـــة للثالثة . عتقت . فإذا وطىء الثالثة ، أقرع بين الأولى والرابعة . وأما المهر . فـــلا يجب لمن عتقت بعد الوطء ؛ ويجب لمن بان عتقها قبله . وفي هذه الصورة لا يعتق الموطوءة بوطئها بحال . واعلـــم أن الإقـــراع في جميع هـــذه [الصورة] فيما إذا مات قبل البيان ؛ فأما في حياته ، فيؤمر بالبيان .

فرع

له أربع إماء وعبيد ، فقال : كلما وطئت واحدة منكن . فعبد من عبيدي حر ، وكلما وطئت اثنتين ، فعبدان حران ؛ وكلما وطئت ثلاثاً . فثلاثة ، وكلما وطئت أربعاً ، فأربعة ، فوطىء الأربعة ، فهو كقـــوله : كلما طلقت امرأة فعبد من عبيدي حر ، إلى آخر التصوير ، وقد سبق في الطلاق ، والصحيح أنه يعتق خمسة عشر عبداً .

فرع

اشترى في مرض موته عبداً بأكثر من قيمته ؛ وكانت المحابات قدر الثلث ، بأن كان له ثلاثمائة . واشترى عبداً يساوي مائة بمائتين . ثم أعتقه ، قال ابن الحداد : وإن لم يوفر[1] الثمن نفـــذ العتق . وبطلت المحاباة ، لأن المحاباة كالهبة . فإذا لم يقترن بها القبض حتى جاء ما هو أقوى منها ؛ وهو العتق ؛ بطلت . ويمضى البيع بثمن المثـــل . وعلـــى البائع أن يقنع به . وإن وفر الثمن . نفذت المحابات . وبطل العتق . لأن المحاباة . استغرقت الثلث . قال الأصحاب : هـــذا غلط . ولا فرق في المحاباة بين أن يقبض أو لا يقبض ؛ لأنها تعلقت بالمعارضة ؛ والمعارضة

---

(١) في الأصل : يؤثر .

تلزم بنفس العقد ؛ ولهذا لو حابى المريض ولم يقبض ؛ ثم أراد إبطالها لم يتمكن منه ؛ بخلاف الهبة ؛ فالجواب نفوذ المحاباة ، وبطلان العتق لتقدمها . قالوا : وقوله : يلزم البائع أن يقنع بقدر قيمة العبد ، غلط أيضاً ؛ لأنه لم يرض بزوال ملكه إلا بالزيادة ؛ بل ينبغي أن يقال : له الخيار بين أن ينفذ البيع بقدر القيمة وينفذ العتق وبين أن يفسخه ويبطل العتق[1] .

فرع

جارية بين شريكين حامل من زوج أوزنا ؛ عتق أحدهما نصيبه من الحمل وهو موسر ؛ ثم وضعته لوقت يعلم وجوده يوم الإعتاق . وهو لدون ستة أشهر ؛ فهو حر بالمباشرة والسراية ؛ وعلى المعتق قيمة نصيب الشريك يوم الولادة ؛ فإن ألقته ميتاً من غير جناية ؛ فلا شيء على المعتق . وإن كان بجناية ؛ فعلى عاقلة الجاني غرة لورثة الجنين ؛ لأنه محكوم بحريته ؛ وعلى المعتق نصف عشر قيمة الأم للشريك . هكذا أطلق ابن الحداد ؛ فقال القفال : إنما يلزم المعتق نصف عشر قيمة الأم إذا لم يزد على قيمة الغرة ؛ فإن زاد ؛ لم يلزم إلا نصف قيمة الغرة ؛ ورأى الشيخ أبو علي الأخذ بالإطلاق . وأنه يجب نصف عشر قيمة الأم بالغاً ما بلغ ؛ لأن انفصاله مضموناً كانفصاله حياً ؛ لأن الغرة تصرف إلى الوارث . وقد لا يستحق المعتق منها شيئاً ؛ وإنما كان يجب رعاية المناسبة بين الغرمين . أن[2] لو كان الواجب بالجناية للمعتق ؛ قال الشيخ : وهذا كله جواب على أن الشراء يحصل بنفس الإعتاق . فإن

---

(١) في احدى نسخ الظاهرية : العتقان .

(٢) في الأصل : أنه .

قلنا : يحصل بأداء القيمة ، فإذا وضعت الحمل ، وقوم ووصل نصف القيمة إلى الشريك ، فحينئذ يعتق الباقي • وإن ألقتــه ميتاً بجناية ، فنصفه حر ، وهو يقوم الباقي على المعتق ؟ فيه الخلاف السابق فيمـا لو أعتق نصيبه ومات العبد قبل وصول القيمة إلــى الشريك • فـإن قلنا : يسقط التقويم ، فنصفه[1] حــر ونصفه رقيق ، فعلى عاقلة[2] الجاني نصف غرة • وإلى من تصرف ؟ فيه الخلاف المذكور في أن من بعضه حر ، هل يورث ، ويجب للنصف المملوك نصف عشر قيمة الأم ، وهل يكون في مال الجاني أم على عاقلته ؟ فيه الخلاف في أن بدل الرقيق تحمله العاقلة •

فرع

خلف ثلاثة أعبد ، قيمة كل واحد مائة ولا مال له غيرهم ، فشهد عدلان أنه عتق في مرضه هذين ، فأشار الوارث إلى أحدهما ، فقال : أما هذا فأعتقه ، وأما الآخر ، فلا ، فلا يقبل قولــه في إبطال [حــق] الآخر [من العتق] ، لكن يقرع بينهما ، فإن خرج العتــق لمــن عينه الوارث ، عتق ورق الآخر ، وإن خرج للآخر ، عتق بمقتضى القرعــة التي اقتضتها الشهادة ، ويعتق الآخر بإقرار الوارث • وإن قال الوارث: أعتق مورثي هذا ، ولا أعلم حال الآخر ، أقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعة ، عتق ، دون الآخر • ولو شهدا أنه أعتق الثلاثة دفعة وقــال الوارث : أعتق هذين دون ذاك ، قال ابن الحداد : يقرع بين الثلاثة ، فإن خرج سهم العتق للذي أنكره الوارث ، عتق ، وتعاد القرعة لإقرار الوارث بين الآخرين ، فمن خرجت له عتق بإقرار الوارث • وإن خرجت

---

(١) في احدى نسخ الظاهرية : النصف .
(٢) في الأصل : العاقلة .

أولاً لأحد الاثنين اللذين أقر بإعتاقهما ، عتـــق ، ورق الآخــران ؛ وبالله التوفيق •

الخصيصة الخامسة : الولاء ، وفيه طرفان .

الأول : في سببه ، وهو زوال الملك عـــن رقيق بالحريـــة ؛ فمن أعتق عبداً تنجيزاً ، أو بصفة ، أو دبره ، أو استولدها ، فعتقا بموته ، أو عتق عليه بأداء نجوم الكتابة ، أو الإبراء منها ، أو التمس من مالك عبد عتقه على مال ، فأجابه ، أو أعتق نصيبه من مشترك ؛ وسرى ، أو ملك قريبه فعتق عليه ، ثبت له عليه الولاء • ولو باع عبد نفسه ؛ فله عليه الولاء على المذهب ، وسواء اتفق دينهما أو اختلف • فلو أعتق مسلم كافراً أو عكسه ، ثبت الولاء ، وإن لم يتوارثا ، كما تثبت علقة النكاح والنسف بينهما • ثم الولاء مختص بالإعتاق ، فمن أسلم على يديه[1] إنسان فلا ولاء له عليه ، ومن أعتق عن غيره بغير إذنه ، وقع العتق عن المعتق عنه ، وله الولاء دون المعتق• والولاء كالنسب لا يجوز بيعه ، ولا هبته ، ولا يورث ، لكن يورث به • ولو أعتق عبداً على أن لا ولاء له عليه ، أو على أن يكون سائبة ، لغا الشرط ؛ وثبت الولاء . وكذا لو شرط أن ولاءه لفلان أو للمسلمين ، لغا ، ولا ينتقل الـــولاء عنه ، كما لا ينتقل النسب ، ولا يثبت الولاء بالموالاة والحلف ؛ كمـــا لا يثبت النسب بذلك ، وكما يثبت الولاء على المعتق ؛ يثبت على أولاده وأحفاده ، وعلى عتيقه وعتيق عتيقه ، وكما يثبت | للمعتق يثبت | لمعتق الأب وسائر الأصول ، ولمعتق المعتق ، وكما يثبت على ولده العتيق ؛ يثبت على ولد العتيقة ، ويستثنى من استرسال الولاء على أولاد[2]

---

(١) في الأصل : يــد .
(٢) في الأصل : أولاد .

العتيق وأحفاده موضعان أحدهما : إذا كان منهم من مسه رق وأعتق ؛ فولاؤه لمعتقه ؛ فإن لم يكن ، فلعصبات معتقه ، فإن لم يوجدوا . فالميراث لبيت المال ، ولا ولاء عليه لمعتق الأصول بحال ، فإنه أعتق مباشرة ، وولاء المباشرة أقوى • وصورته أن تلد رقيقة رقيقاً من رقيق أو حر ، وأعتق الولد وأبواه أو أمه •

الثاني : من أبوه حر أصلي لا ولاء عليه ؛ وأمه معتقة ، هل يثبت عليه الولاء لموالي الأم ؟ فيه أوجه • الصحيح : لا ، والثاني : نعم ؛ والثالث : إن كانت حرية الأب متيقنة ، بأن كان عربياً معلوم النسب ؛ فلا ، وإن كانت مبنية على ظاهر الدار ، وأن الأصل في الناس الحرية ؛ فنعم ، لضعف حرية الأب ، ولو كان الأب معتقاً ، والأم حرة أصلية ؛ فالصحيح ثبوت الولاء عليه لموالي الأب ، لأنه ينسب إليه • وقيل : لا ولاء عليه تغليباً للحرية كعكسه • ومن له أمة حرة أصليه وأبوه رقيق لا ولاء عليه لأحد ، فإن أعتق الأب ، فهل يثبت عليه لموالي الأب؟ قال الشيخ أبو علي : فيه جوابان سمعتهما من شيخي في وقتين ، وهما محتملان ، أحدهما : نعم ، لثبوته على الأب ، وإنما لم تثبت أولاً لرقه • والثاني : لا ، لأنه لم يثبت ابتداء ، فلا يثبت بعده ، كما لو كان أبواه حرين •

فرع

من مسه رق وعتق ، فلا ولاء عليه لمعتق أبيه وأمه وسائر أصوله كما سبق ، سواء وجدوا في الحال أم لا ، فالمباشر إعتاقه ولاؤه لمعتقه ؛ ثم لعصبته ، فأما إذا كان حر الأصل ، وأبواه عتيقين ، أو أبوه عتيق . فولاؤه لمولى أبيه ؛ وإن كان الأب رقيقاً ، والأم معتقة ، فالولاء لمعتقها؛ فإن مات والأب رقيق بعد ، ورثه معتق الأم ، وإن أعتق الأب في حياة

الولد ، الخبر الولاء من مولى الأم إلى مولى الأب • ولو مات الأب رقيقاً ؛ وعتق الجد ، انجر من موالي الأم إلى موالي الجد • ولو عتق الجد ، والأب رقيق ، ففي انجراره إلى مولى الجد وجهان • أصحهما : ينجر ، فإن أعتق الأب بعد ذلك ؛ انجر من مولى الجد إلى مولى الأب. والثاني : لا ينجر ، فعلى هذا لو مات الأب بعد عتق الجد ؛ ففي انجراره إلى موالي الجد وجهان • أصحهما عند الشيخ أبي علي : لا ينجر . وقطع البغوي بالانجرار •

قلت : الانجرار أقوى والله أعلم

وإذا ثبت الولاء لموالي الأم لرق الأب ، فاشترى الولد أباه . ثبت له الولاء عليه ، وعلى إخوته وأخواته الذين هم أولاد الأب ، وهل يجر ولاء نفسه من مولى الأم ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : لا ، لأنه لا يمكن أن يكون له على نفسه ولاء ، ولهذا لو اشترى العبد نفسه ، عتق وكان الولاء عليه لبائعه ، وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء ،[1] وإذا تعذر الجر ، بقي الولاء موضعه • والثاني : ينجر ، ويسقط . ويصير كحر لا ولاء عليه • ولو خلق انسان حر من حرين . وكان في أحد أجداده رقيق • ويتصور ذلك في نكاح الغرور ، وفي الوطء بشبهة إذا أعتقت أم أمه ، ثبت الولاء عليه لمعتق أم الأم . فإذا أعتق أبو أمه بعد ذلك ، انجر الولاء إلى مولاه . فإذا أعتقت أم الأب بعد ذلك . انجر الولاء من مولى أبي الأم إلى مولى أم الأب . فإذا أعتق أبو أبيه بعد ذلك ، انجر إلى مولاه • ولو كانت المسألة بحالها لكن أبوه رقيق.

---

(١) في الأصل : أو إذا .

(٢) في الأصل : حرا .

فأعتق الأب بعد عتق هؤلاء ، انجر إلى مولاه ، واستقر عليه • ودليله أن جهة الأبوة أقوى ، وحيث أثبتنا الولاء لمولى الأم ، فمات الولد ، أخذ ميراثه ، فإن عتق بعد ذلك ، لم يسترده مولاه ، بل الاعتبار بحال الموت ، وليس معنى الانجرار أن يحكم بأن الولاء لـم يزل في جانب الأب ، بل معناه أنه ينقطع من وقت عتق الأب عـن مولى الأم ، وإذا انجر إلى موالي الأب ، فلم يبق منهم أحد ، لم يعد إلى موالي الأم ، بل يكون الميراث لبيت المال ، وكذا إذا ثبت الولاء لموالي الأب فهلكوا، لم يصر لموالي الجد ، حتى لو مات من انتقـل ولاؤه من موالي أبيـه إلى[1] موالي جده حينئذ ، فميراثه لبيت المال •

فرع

أعتق أمته المزوجة بعتيق ، فولدت لأقل من ستة أشهر من يـوم الإعتاق ، فولاء الولد لمعتق الأم ، لا لمعتق الأب ، لأنا تيقنا وجوده يوم الإعتاق ، فمعتقه باشر إعتاقـه بإعتاقها ، وولاء المباشرة مقـدم ، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً ، فإن كان الزوج يفترشها ، فولاؤه لمعتق الأب . لأنا لا نعلم وجوده يوم الإعتاق ، والأصل عدمه ، والافتراش سبب ظاهر للحدوث ، وإن كان لا يفترشها ، وولدت لأربع سنين من الإعتاق ، فذلك • وإن ولدت لأقل من أربع سنين ، فقولان • أظهرهما: لمعتق الأم • ولو أعتق المزوجة برقيق ، فولدت لدون ستة أشهر مـن الإعتاق ، فولاؤه لمعتق الأم بالمباشرة ، فإن أعتق الأب الأب ، لم ينجر الولاء إلى معتق الأب مـن معتق الأم ، لأنـه أعتقه مباشـرة • وإن ولدته[2] لستة أشهر فصاعداً ، قال البغوي : إن لـم يفارقها الزوج ،

---

(١) في الأصل : أم •

(٢) في الأصل : ولد •

وولاؤه لمولى الأم ؛ فإذا أعتق الأب ، انجر إلى مولاه . وإن كان فارقها، فإن ولدت لأكثر من أربع سنين من يوم الفراق ؛ فالولد منفي عن الزوج ، وولاؤه لمعتق الأم أبداً ، وإن ولدته لأربع سنين . لحق الزوج. وولاؤه لمعتق الأم ؛ فإذا أعتق الأب ، ففي الإنجرار إلى مولاه قولان . ولو نفى الزوج المعتق ولد زوجته المعتقة بلعان ؛ فالولاء [في] الظاهر لمولى الأم ؛ فإن كذب الملا عن نفسه ؛ لحقه الولد وحكمنا[1] بأن الولاء لمولاه . فإن كان الولد قد مات بعد اللعان ، ودفعنا الميراث إلى مولى الأم ، استرددناه منه بعد الاستلحاق ؛ لأنا تبينا أنه لم يكن ولاء . ولو غر بحرية أمة فنكحها وأولدها على ظن أنها حرة ؛ ثم علم أنها أمة ، فأولدها ولداً آخر[2] ، فالولد الأول حر ، والثاني رقيق . فلو أعتق السيد الأمة ، والولد الثاني ، ثم عتق الأب ، انجر ولاء الولد الأول إلى معتق الأب ، ولم ينجر إليه ولاء الثاني ؛ لأنه عتق بالمباشرة . ولو نكحها عالماً بأنها أمة ، وأولدها ، ثم عتقت ، وأولدها ولداً آخر ، فالثاني حر ، وولاؤه لمعتق الأب ؛ والأول مملوك ، وولاؤه لمعتقه .

الطرف الثاني في حكم الولاء وهو إحدى جهات العصوبة ، و [من] يرث به ، لا يرث إلا بالعصوبة ، ويتعلق به ثلاثة أحكام : الإرث ؛ وولاية التزويج ؛ وتحمل الدية ؛ وقد ذكرناها في مواضعها .

قلت : ورابع ، وهو التقدم في صلاة الجنازة ، فإذا مات العتيق، ولا وارث له بنسب ولا نكاح ، ورث معتقه جميع ماله . وإن كان له من يرث بالفرضية ، وفضل منه شيء ، أخذه المعتق . فإن لم يكن المعتق

---

(١) في الأصل : لحق الولد حكمنا .

(٢) في الأصل : ولد آخر .

حياً ، ورث بولاية أقرب عصباته ، ولا يرث أصحاب فروضه ، ولا من يتعصب بغيره ، فإن لم نجد للمعتق عصبة بالنسب ، فالميراث لمعتق المعتق ، فإن لم نجده ، فلعصبات معتق المعتق ، فإن لم نجدهم ، فلمعتق معتق المعتق ، ثم لعصبته ، ولا ميراث لمعتق عصبات المعتق إلا لمعتق أبيه أو جده • وللأصحاب عبارة ضابطة لمن يرث بولاء المعتق إذا لم يكن المعتق حياً ، قالوا : هو ذكر[1] يكون عصبة المعتق[2] لو مات المعتق يوم موت العتيق بصفة العتيق • وخرجوا عليها مسائل :

منها : إذا مات العتيق ، وللمعتق ابن وبنت ، أو أب وأم ، أو أخ وأخت ، فالميراث للذكر دون الأنثى ، ولا يرث النساء بولاء الغير أصلاً ، لكن إن باشرت المرأة إعتاقاً ، أو عتق عليها مملوك ، فلها عليه الولاء ، كما للرجل ، لقوله صلى الله عليه وسلم «إنما الولاء لمن أعتق» كما يثبت لها الولاء على عتيقها يثبت على أولاده وأحفاده وعتيقه كالرجل •

ومنها : لو أعتق عبداً ، ومات عن ابنين ، فولاء العتيق لهما ، فمات أحدهما وخلف ابناً ، فولاء العتيق لابن المعتق ، دون ابن ابنه ، وهذه الصورة ونحوها معنى ما روي عن عمر وعثمان رضي الله عنهما : أن الولاء للكبر ، بضم الكاف ، أي الكبير في الدرجة والقرب ، دون السن • ولو مات المعتق عن ثلاثة بنين ، ثم مات أحدهم عن ابن ، وآخر عن أربعة ، والآخر عن خمسة ، فالولاء بين العشرة بالسوية ، فإذا مات العتيق ، ورثوه أعشاراً ، لأنه لو مات المعتق يومئذ ورثوه كذلك • ولو

---

(١) في الأصل : وهو يرث ذكر .

(٢) في احدى نسخ الظاهرية : تكون عصبة للمعتق ، والعبارة فيه بتمامها . يرث العتق بولاء المعتق ذكر تكون عصبة للمعتق .

أعتق عبداً ، ومات عن أخ من أبوين ، وأخ من أب ، فولاء عتيقه للأخ من الأبوين على المذهب ، كما سبق . فلو مات الأخ من الأبوين . وخلف ابناً ، والأخ الآخر ، فولاء العتيق للأخ ، لأن المعتق لو مات الآن كان عصبة الأخ من الأب ، دون ابن الأخ من الأبوين .

ومنها : أعتق مسلم عبداً كافراً ، ومات عن ابنين : مسلم وكافر . ثم مات العتيق ، فميراثه للابن الكافر ، لأنه الذي يرث المعتق بصفة الكفر . ولو أسلم العتيق ، ثم مات ، فميراثه للابن المسلم . ولو أسلم الابن الكافر ، ثم مات العتيق مسلماً ، فالميراث بينهما .

فرع

الذين يرثون بولاء المعتق من عصباته ، يترتبون ترتب عصبات النسب ، إلا في مسائل سبقت في الفرائض ، منها : أخ المعتق وجده ، إذا اجتمعا هل يتساويان كالإرث ، أم يقدم الأخ ؟ قولان : أظهرهما : الثاني ، فيقدم ابن الأخ أيضاً ، ويقدم الأخ من الأبوين على الأخ من الأب على المذهب . وقيل : قولان . ولو كان له ابناء عم ، أحدهما أخ لأم ، قدم على المذهب .

فرع

الانتساب في الولاء ، قد يكون بمحض الإعتاق ، كمعتق المعتق . ومعتق معتق المعتق ، وقد يتركب من الإعتاق والنسب ، كمعتق الأب وأبي المعتق ومعتق أبي المعتق ، فإن تركب الانتساب ، فقد يشتبه حكم الولاء ويغالط به ، بأن قال : اجتمع أبو المعتق ومعتق الأب ، فأيهما أولى ؟ وجوابه أنه إذا كان للميت أبو المعتق ، كان له معتق ، وحينئذ فلا ولاء لمعتق أبيه أصلاً كما سبق ، فلا معنى لمقابلة أحدهما بالآخر وطلب

الأولوية . ولو اجتمع معتق أبي المعتق ، ومعتق المعتق ، فالولاء لمعتق المعتق لأن ولاءه[1] بجهة المباشرة .

فرع

اشترت امرأة أباها ، فعتق ، ثم أعتق الأب عبداً ، ومات عتيقه بعد موته ، نظر ، إن لم يكن للأب عصبة بالنسب ، فميراث العتيق للبنت ، لا لكونها بنت المعتق ، بل لأنها معتقة المعتق ، وإن كان له عصبة ، كأخ وابن عم قريب أو بعيد ، فميراث العتيق له ، لأنه عصبة المعتق بالنسب ، ولا شيء للبنت ، لأنها معتقة المعتق ، فتتأخر عن عصبة النسب . قال الشيخ أبو علي : سمعت بعض الناس يقول : أخطأ في هذه المسألة أربعمائة قاض ، لأنهم رأوها أقرب . ولو اشترى أخ وأخت أباهما ، فعتق عليهما ، ثم أعتق عبداً ، ومات العتيق بعد موت الأب ، وخلف الأخ والأخت ، فميراثه للأخ ، دون الأخت لأنه عصبة المعتق بالنسب ، بل لو كان الأخ قد مات قبل موت الأب ، وخلف ابناً وابن ابن أو كان للأب ابن عم[2] بعيد، فهو أولى من البنت . ولو مات هذا الأخ بعد موت الأب ، ولم يخلفه إلا أخته ، فلها نصف الإرث بالأخوة ، ونصف الباقي ، لأن لها نصف ولاء الأخ ، لإعتاقها نصف أبيه ، فلها ثلاثة أرباع المال . ولو مات الأب ، ثم الابن ، ثم العتيق ، ولم يخلف إلا البنت فلها ثلاثة أرباع الميراث أيضاً : النصف لأنها معتقة نصف المعتق ، ونصف الباقي[3] لولاء السراية على نصف الأخ بإعتاقها نصف

---

(١) في الأصل : لا ولاءه .
(٢) في إحدى نسخ الظاهرية : عم .
(٣) في الأصل : الباقي له .

أبيه ، فهي معتقة نصف أبي معتق معتقه • والربع[1] الباقي في الصورتين لبيت المال • ولو مات الأب ، ولم يخلف إلا البنت ، فقال الغـزالي في « الوجيز » : لها النصف بالبنوة ، ونصف الباقي لولائها على نصف الأب ولم يذكر الصورة في « الوسيط » ولا في « النهاية » ومفهومه انحصار حقها في النصف والربع ، وكلام الأصحاب منهم الشيخ أبـو علي وأبو خلف السلمي ، في صورة أخرى ، ينازع في هـذا ، فإنهـم قالوا : لو اشترت أختان أباهما بالسوية ، فعتق عليهما ، ثم مات الأب، فلهما الثلثان ، والباقي بالولاء • ولو ماتت إحداهما بعد موت الأب ، فللأخرى النصف بالأخوة ، ونصف الباقي بولائها على نصف الأخت ؛ بإعتاقها نصف أبيها • وأما الربع ، فأطلق البغوي أنـه لبيت المـال ، وليحمل ذلك على ما إذا كانت أمها حرة أصلية ، فأما إذا كانت معتقة ؛ فلموالي الأم ولاء الأختين ، فإذا أعتقنا الأب ؛ جرت كل واحدة نصف ولاء أختها إلى نفسها ، وهل تجر ولاء نفسها وتسقط ، أم يبقى لموالي الأم ؟ فيه خلاف سبق ، فإن قلنا : تبقى هي وهـو الأصح ، فالربع الباقي لموالي الأم ، وإن قلنا : يجر ويسقط ؛ فهو لبيت المال • ولـو ماتت إحدى الأختين ، ثم مات الأب ، وخلفت الأخرى ؛ فلهـا سبعة أثمان ماله ، والنصف بالبنوة ، والربع لأنها معتقة نصفه ، ونصف الربع الباقي ، لأن لها نصف ولاء الأخت بإعتاقها نصف أبيها ، والثمن الباقي لموالي الأم إن كانت معتقة على الأصح ، لأن نصف ولاء الميتة يبقى لها[2] • وإن قلنا : لا يبقى ، فهو لبيت المال ، وهذه الصورة كالصورة التي ذكرها الغزالي • ولو اشترتا الأب ، وعتق عليهما ، ثم أعتق عبداً، ومات العتيق بعد موته ، وخلف البنتين ، فجميع المال لهما ، لأنهمـا معتقتا معتقه •

---

(١) في الأصل : والرابع .

(٢) في احدى نسخ الظاهرية : لهم .

فرع

أختان أو أخوان[1] ليس عليهما ولاء مباشر ، اشترت إحداهما أباهما[2] فعتق عليها ، والأخرى أمهما ،فعتقت عليها . وتتصور المسألة فيما لو غر عبد بحرية أمة فنكحها وأولدها ولدين ، وفيما لو كانوا كفاراً ، فأسلم الولدان ، واسترقنا الأبوين ، فولاء الأب للتي اشترته. فأما إذا مات عنهما ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي لها بالولاء ، وولاء الأم للتي اشترتها، فإذا ماتت عنهما ، فلهما الثلثان، والباقي لها بالولاء. ولمشترية الأب الولاء على مشترية الأم ، فإذا ماتت[3] مشترية الأم . وخلفت مشترية الأب ، فلها النصف بالأخوة ، والباقي بالولاء . وهل لمشترية الأم الولاء على مشترية الأب ؟ فيه الوجهان فيمن عليه ولاء لمولى أمه إذا اشترى أباه ، هل يبقى الولاء لموالي أمه ، أم يسقط ؟ فإن قلنا بالأصح : إنه يبقى ، فلمشترية الأم الولاء على مشترية الأب . فإذا ماتت ، فالحكم كما في الطرف الآخر . وإن قلنا : يسقط ، فلا ولاء لها على مشترية الأب . وإذا ماتت ، فلها النصف بالبنوة[4] ، والباقي لبيت المال . ولو اشترتا أباهما ، ثم اشترت إحداهما والأب أبا الأب ، وعتق عليهما ، ثم مات الأب . فللبنتين الثلثان . والباقي لأبيه ، فإن مات الجد بعده ، فللبنتين الثلثان بالبنوة والباقي نصفه للتي اشترته مع الأب ، ونصفه الآخر بينهما . لإعتاقهما معتق نصفه ، ولو ماتت إحداهما بعد ذلك . وخلفت الأخرى ، فعلى ما سبق . ولو اشترتا أمهما ، ثم الأم أباهما وأعتقته[5] ، فلهما عليها الولاء. ولها عليهما، لأنها معتقة أبيهما،

---

(١) في الأصل : وأخوان .
(٢) في الأصل : أباها .
(٣) في الأصل : بالولاء . وهل لمشتريه الأم الولاء على .
(٤) في احدى نسخ الظاهرية : الأخوة .
(٥) في الأصل : وأعتقت .

فإن ماتت ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي بالولاء ، فإن مات الأب بعد ذلك ، فلهما الثلثان بالبنوة ، والباقي بالولاء ، لأنهما معتقتا معتقه ، فإن ماتت إحداهما بعد ذلك ، فللأخرى النصف بالأخوة ، ونصف الباقي لإعتاقها نصف معتق أبيها ، والباقي لبيت المال . ولو اشترتا أباهما ، ثم اشترت إحداهما ، والأب أخاهما للأب ، فعتق نصفه على الأب وهو معسر[1] ، فأعتقت المشترية باقيه ، فمات الأب ، ورثه أولاده الثلاثة ، فإن مات الأخ بعده ، فلهما الثلثان بالأخوة ، والباقي نصفه للمشتري ، وباقيه بين البنتين ، لأنهما معتقتا الأب الذي هو معتق نصف الأخ ، فالقسمة من اثني عشر ، لمشترية الأخ سبعة ، والأخرى خمسة . ولو ماتت التي لم تشتر الأخ أولاً ، ثم مات الأب ، ثم الأخ ، فمال الميتة أولاً لأبيها ، ومال الأب لابنه وبنته أثلاثاً ، ومال الأخ نصفه للأخت الباقية بالنسب ، ونصف باقيه لها بإعتاقها نصفه ، والباقي وهو الربع لمعتقتي[2] الأب ، فلهذه نصفه ونصفه للميتة ، فيكون لمواليها ، وهم هذه الأخت ، وموالي الأم إن كانت الأم معتقة ، فيكون بينهما نصفين ، فإن لم يكن للأم مولى ، فلبيت المال .

فرع

أختان لا ولاء عليهما ، اشترتا أمهما ، فعتقت ، ثم اشترت الأم وأجنبي أباهما وأعتقاه ، فللأختين الولاء على أمهما ، ولها وللأجنبي على الأب وعليهما ، فإن ماتت[3] الأم ، ثم الأب ، ثم إحداهما ، فأما الأم ، فمالها لهما ثلثاه بالبنوة ، وباقيه بالولاء ، وأما الأب ، فلهما

---

(1) في الأصل : موسر .
(2) في الأصل : لمعتقة .
(3) في الأصل : مات .

ثلثا ماله بالبنوة ، وباقية للأجنبي نصفه ، ولهما نصفه ، لأنهما معتقتا معتقه نصفه ، وأما الأخت، فالنصف من مالها للأخرى بالأخوة ، ونصف الباقي للأجنبي ، لأنه أعتق نصف أبيها ، والربع الباقي كان للأم وهي ميتة ، فيكون للأختين ، لأنهما معتقتاها ، فللأخت الباقية نصفه ، وهو الثمن ، ويرجع الثمن الذي هو حصة الميتة[1] إلى من له ولاؤها وهو الأجنبي والأم ، ونصيب الأم يرجع إلى الحية والميتة ، وحصة الميتة إلى الأجنبي، والأم، هكذا يدور فلا ينقطع[2] ولذلك سمي : سهم الدور . وفيما يفعل به ؟ وجهان قال ابن الحداد : يجعل في بيت المال ، لأنه لا يمكن صرفه بنسب ولا ولاء . والثاني : يقطع السهم الدائر وهو الثمن ، ويجعل كأن لم يكن ، ويقسم المال على باقي السهام ، وهو سبعة ، خمسة للأخت الباقية ، وسهمان للأجنبي ، وزيف الإمام الوجهين وقال: الوجه أن يفرد النصف، ولا يدخله في حساب الولاء، وينظر في النصف المستحق بالولاء ، فيجد نصفه للأم ، ونصفه للأجنبي . ومال الأم يصير للأختين[3] ثم نصيب إحداهما ، نصفه للأم ، ونصفه للأجنبي، ونصيب الأم للأختين ، فحصل[4] أن للأجنبي ضعف ما للأخت ، فيجعل المال ستة ، للأخت نصفها بالنسب ، ويبقى ثلاثة ، للأجنبي سهمان، وللأخت سهم ، فجعل له الثلث ، ولها الثلثان من الجملة . وبهذا قطع الغزالي . ونقل أبو خلف الطبري عن أكثر الأصحاب أن سهم الدور لبيت المال، كما قال ابن الحداد ، وإليه يميل كلام ابن اللبان . أما إذا ماتت إحدى

---

(١) في الأصل : الميت .
(٢) في احدى نسخ الظاهرية : ولا .
(٣) في الأصل : للاجنبي .
(٤) في الأصل : فجعل .

الأختين أولاً ، ثم الأم ، فمال الأخت لأبويها ، ومال الأم للبنت : نصفه بالبنوة ، ولها نصف الباقي لإعتاقها نصف الأم ، ونصفه الباقي للأب ، لأنه عصبة معتقة النصف ، قال الشيخ أبو علي : وفي مثل هذه المسائل لا يورث بالزوجية إلا أن يشترط السائل في السؤال بقاء الزوجية ، أما إذا مات الأب أولاً ، ثم إحدى الأختين ، ثم الأم ، فمال الأب ثلثاه للبنتين بالأبوة ، وباقيه بين الأم والأجنبي ، ومال الأخت للأم ثلثه وللأخت نصفه ، والباقي بين الأم والأجنبي ، لأنهما معتقتا أبيهما ، ومال الأم نصفه للبنت الباقية بالبنوة ، ولها من النصف الباقي نصفه ؛ لأنها أعتقت نصفها ، ونصفه الباقي حصة البنت الميتة ، فيكون لمواليها، وهم الأجنبي والأم ، فللأجنبي نصفه ، وهو الثمن ، ويبقى ثمن يرجع إلى الأختين ، لإعتاقهما الأم ، وهو سهم دور ، وفيه الخلاف السابق . أما إذا ماتت البنتان أولاً ، فمالهما لأبويهما ، فإن مات الأب بعدهما ، فماله للأم والأجنبي ، فإن ماتت الأم بعده ، فنصف مالها للأجنبي ، لأنه معتق نصف أبي معتقها ، والباقي لبيت المال .

واعلم أن الفرضيين قالوا : إنما يحصل الدور في الولاء بثلاثة شروط : أن يكون للمعتق ابنان[1] فصاعداً . وأن يكون قد مات منهم اثنان فصاعداً ، وأ لا يكون الباقي منهم حائزاً لمال الميت ، فإن اختل أحد هذه الشروط ، فلا دور .

فصل

في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق ، من الولاء ، وغيره .

شخصان كل منهما مولى صاحبه من فوق ومن أسفل ، بأن أعتق عبداً ، فأعتق أبا المعتق أختان لأبوين ، أعتقهما رجل ، فاشترتا أباهما ،

(١) في الأصل ونسخ الظاهرية : ابنين .

فلكل منهما نصف ولاء أبيها ، ولا ولاء لأحدهما على الأخرى . لأن عليهما ولاء مباشرة •

في فتاوى القفال : إذا اشترى مكاتب بعض أبيه ، عتق نصفه . ولا يقوم عليه ، لأنه لم يعتق باختياره ، بل عتق ضمناً ، وأنه إذا قال لمن له عبد مستأجر : أعتقه عني على كذا ، فأعتقه ، نفذ قطعاً ، بخلاف البيع ، لقوة العتق ، وكذا يجوز في المغصوب والغائب إذا علم حياته •

وفي فتاوى القاضي حسين : إذا ادعى عبد على سيده العتق عند الحاكم ، فحلفه ، فلما أتم يمينه ، قال : قم يا حر ، على وجه السخرية. حكم عليه بالحرية ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة جدهن جد ، وهزلهن جد » ومنها العتاق • وأنه لو كانت جارية حاملاً . واحتمل مضغة ، فقال : أعتقت مضغة هذه الجارية ، كان لغواً . لأن إعتاق مالم ينفخ فيه الروح لغو • ولو قال : مضغة هذه الجارية حر . فهو إقرار بأن الولد انعقد حراً ، وتصير الأم به أم ولد •

قلت : ينبغي أن لاتصير حتى يقر بوطئها ، لأنه يحتمل أنه حر من وطء أجنبي بشبهة • والله أعلم

وأنه لو قال لعبده : لو أخذك متغلب ، فقل : أنا حر . لا يعتق ، بل هو أمر بكذب ، وكان القاضي يلقن عبيده بذلك • وأنه لو قال لعبده : أعتقك الله ، أو الله أعتقك ، فقيل : يفرق بينهما ، لأن الأول دعاء ، والثاني خبر • قال القاضي : وعندي لايعتق فيهما • وقال العبادي : يعتق فيهما • وفي الزيادات لأبي عاصم العبادي رحمه الله : أنه إذا قال : من بشرني من عبيدي بقدوم زيد ، فهو حر ، فبعث بعض عبيده عبداً آخر ليبشره به ، فجاء وقال : عبدك فلان يبشرك بقدومه ،

وأرسلني لأخبرك ، فالمبشر المرسل دون الرسول • وأنه لو قال : إن اشتريت عبدين في صفقة ، فلله علي إعتاقهما ، فاشترى ثلاثة صفقة ، لزمه إعتاق اثنين ، لوجود الصفة • ولو ولدت الزانية ، فملك الزاني بها ذلك الولد ، لم يعتق عليه ، لانتفاء نسبه•وفي فروع حكاهاالروياني عن والده وغيره قال لعبده : أنت حر مثل هذا العبد ، وأشار إلى عبد آخر ، يحتمل أن لا يعتق لعدم حرية المشبه به، ويحمل على حرية الخلق•

قلت : ينبغي أن يعتق • **والله أعلم**

وأنه لو قال : أنت حر مثل هذا ، ولم يقل : هذا العبد ، يحتمل أن يعتقا ، والأوضح أنهما لا يعتقان •

قلت : الصواب : هنا عتقهما • **والله أعلم**

وأنه لو قال لغيره : أنت تعلم أن هذا العبد الذي في يدي حر . حكم بعتقه • ولو قال : تظن أنه حر ، لم يحكم بعتقه ، لأنه لو لم يكن حراً لم يكن المقول له عالماً بحريته ، وقد اعترف بعلمه ، والظن بخلافه• ولو قال : ترى أنه حر ، احتمل أن لا يقع ، وأن يقع ، والرؤية بمعنى العلم •

: الصواب أنه لا يعتق • **والله أعلم**

وأنه لو وكل رجلاً في عتق عبد ، فأعتق الوكيل نصفه ، فهل يعتق نصفه فقط ، أم يعتق ويسري إلى باقيه ، أم لا يعتق منه شيء لمخالفته ؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول •وفي « جمع الجوامع » للروياني أنه لو كان عبد بين شريكين ، فقال رجل لأحدهما : اعتق نصيبك عني بكذا ، فأعتقه عنه ، فولاؤه للآمر ، ويقوم نصيب الشريك على المعتق،

دون الآمر . لأنه أعتقه لغرض نفسه ، وهو العوض الذي حصل لـــه •
ولو قال أحد الشريكين للآخر : أعتق نصيبك عني بكذا ، فأعتقه عنه ؛
فولاؤه للآمر . ويقوم نصيب الآمر على المعتق ، حكاه عن القــاضي
الطــبري •

قلت : الصواب في الصورتين أنه لا يقــوم عليه ؛ لأنه لم يعتق
عنــه • **والله أعلم**

* * *

كتاب التّدبير

فيه بابان

الأول : في أركانه ، وهي ثلاثة ، المحل ، والصيغة ، والأهل .

أما المحل ، فمعلوم ، وأما الصيغة ، فينعقد التدبير بالصريح وبالكناية فالصريح كقوله : أنت حر بعد موتي . أو أعتقتك . أو حررتك بعد موتي ، أو إذا مت فأنت حر ، أو عتيق ، فإذا مات عتق ولو قال : دبرتك ، أو أنت مدبر ، فالنص أنه صريح ، ويعتق إذا مات السيد . ونص في الكتابة أن قوله : كاتبتك على كذا . لايكفي حتى يقول : فإذا أديت فأنت حر وينويه ، وفيهما طريقان ، فقيل : فيهما قولان أحدهما : صريحان لاشتهارهما[1] في معنييهما ، كالبيع والهبة. والثاني : كنايتان ، لخلوهما عن لفظ الحرية والعتق ، والمذهب تقرير النصين . والكناية كقوله : خليت سبيلك بعد موتي مع نية العتق . ولو قال : دبرت نصفك أو ربعك ، صح . وإذا مات ، عتق ذلك الجزء. ولم يسر . ولو قال : دبرت يدك أو رجلك ، فهل يصح ويكون كله مدبراً ، أم يلغو ؟ وجهان . ونص في « الأم » أنه لو قال : أنت حر بعد موتي ولست بحر ، لايصح التدبير ، كما لايحصل العتق لو قال : انت حر أو لست بحر ، ولا الطلاق إذا قال : أنت طالق ، أو لست بطالق[2] .

---

(١) في الأصل : لاشهارهما .
(٢) في الأصل : بطلاق .

فرع

يصح التدبير مطلقاً ، وهو أن يعلق العتق بالموت بلا شرط ، ومقيداً بشرط في الموت ، كقوله : إن قتلت ، أو مت من مرضي هذا ، أو حتف أنفي ، أو في سفري هذا ، أو في هذا الشهر ، أو في هذا البلد ، فأنت حر ، فإن مات على الصفة المذكورة ، عتق ، وإلا ، فلا • ولو قال : إذا مت . ومضى شهر أو يوم فأنت حر ، أو قال : أنت حر بعد موتي بيوم . عتق بعد موته بيوم ، ولا يحتاج إلى إنشاء إعتاق بعد موته • وهل هذا تدبير مطلق ، أم مقيد ، أم ليس بمطلق ولا مقيد . وإنما هو تعليق ليس بتدبير ؟ فيه أوجه • الصحيح : الثالث ، وبه قال الأكثرون ، منهم الشيخ أبو حامد ، وابن كج ، وابن الصباغ ، والروياني ، قالوا : متى علق العتق بصفة بعد الموت ، كقوله : إذا مت وشئت الحرية ، أو يشاء فلان ، أو إذا مت ثم دخلت فأنت حر ، أو أنت حر بعد موتي إذا خدمت ابني شهراً ، فكل ذلك ليس بتدبير ، بل تعليق ، ويجوز تعليق التدبير ، بأن يقول : إذا ، أو متى دخلت الدار ، فأنت حر بعد موتي ، أو أنت مدبر ، فإذا دخل ، صار مدبراً ، ولا يشترط الدخول [في الحال] ، لكن يشترط حصوله في حياة السيد ، كسائر الصفات المعلق عليها . فإن مات السيد قبل الدخول ، فلا تدبير ، ولغا التعليق . إلا أن يصرح فيقول : إذا دخلت الدار بعد موتي ، أو إذا مت ، ثم دخلت الدار فأنت حر ، فإنما يعتق حينئذ بالدخول بعد الموت • وللإمام احتمال في تعليق العتق بالدخول بعد الموت . وذكر أن القاضي رمز إليه . ولا تشترط المبادرة إليه بعد الموت . بل متى دخل ، عتق • ولو قال : إذا مت ودخلت الدار فأنت حر ، قال البغوي: يشترط الدخول بعد الموت . إلا أن يريد الدخول قبله • ولو قال :

إذا مت فدخلت الدار ، أو إذا مت فأنت حر إن دخلت الدار ؛ فعلى ما سنذكره إن شاء الله تعالى في التعليق بالمشيئة • ولو قال الشريكان لعبدهما : إذا متنا فأنت حر ؛ لم يعتق حتى يموتا ؛ إما معاً . وإما مرتباً ، ثم إن ماتا معاً ؛ فالحاصل عتق لحصول الصفة ؛ لاتدبير ؛ لأنه معلق بموته وموت غيره • والتدبير : أن يعلق بموت نفسه • وقيل : إنه عتق تدبير ؛ لاتصاله بالموت ؛ والصحيح الأول • وإن ماتا مرتباً . فوجهان • أحدهما : ليس بتدبير . والصحيح : أنه إذا مات أحدهما . صار نصيب الثاني مدبراً ؛ لتعلق العتق بموته ؛ وكأنه قال : إذا مات شريكي فنصيبي منك مدبر . ونصيب الميت لايكون مدبراً ؛ وهو بين الموتين للورثة ؛ فلهم التصرف فيه بما لايزيل الملك ؛ كالاستخدام والإجارة ، وليس لهم بيعه ؛ لأنه صار مستحق العتق بموت الشريك . وكذا إذا قال : إن دخلت الدار بعد موتي ؛ فأنت حر ؛ فليس للوارث بيعه بعد الموت وقبل الدخول ؛ إذ ليس له إبطال تعليق الميت . وإن كان للميت أن يبطله ؛ كما لو أوصى لرجل بشيء ومات ؛ ليس للوارث بيعه ، وإن كان للموصي أن يبيعه • وكذا من أعار ؛ له الرجوع في العارية • ولو قال : أعيروا داري لفلان بعد موتي شهراً . وجب تنفيذ وصيته . ولم يملك الوارث الرجوع عن هذه العارية . هذا هو الصحيح • وفي الصورتين وجه أنه يجوز للورثة بيعه . وفي كسب العبد بين موتيهما وجهان ؛ أحدهما : أنه معدود من تركة الميت . وأصحهما : أنه للوارث خاصة قال في « الأم » ولو قالا[1] لعبدهما : أنت حبيس على آخرنا موتاً ؛ فإذا مات : عتقت؛ فهو كما لو قالا[1] : إذا متنا فأنت حر ؛ إلا أن هناك المنفعة بين الموتين تكون لورثة الأول . وهي للآخر .

---

(١) في الأصل : قال .

وكذا الكسب ، وكأنّ أولهما موتاً أوصى بهما لآخرهما[1] موتاً • ولو قال أحدهما : إذا مت ، فأنت حر ، فإذا مات ، عتق نصيبه ، ولم يسر •

فرع

قال لعبده : أنت حر إن شئت ، فإنما يعتق إذا شاء على الفور ، وقيل : لايشترط الفور ، والصحيح الأول • ولو علق التدبير بمشيئة العبد ، فقال : أنت مدبر إن شئت ، أو دبرتك إن شئت ، أو قال : إن شئت فأنت مدبر، أو فأنت حر إذا مت ، أو متى مت ، فلا يصير مدبراً إلا بالمشيئة ، والصحيح اشتراط الفور فيها • فلو قال : متى شئت ، أو مهما شئت ، لم يشترط الفور ، ويصير مدبراً متى شاء • وفي الحالتين تشترط المشيئة في حياة السيد ، كسائر الصفات المعلق عليها، إلا إذا علق صريحاً بمشيئة بعد الموت ، فإنما يحصل العتق بمشيئة بعد الموت ، ولا يمنع الامتناع في الحياة من المشيئة بعد الموت • ثم ينظر في لفظ التعليق ، فإن قال : أنت حر بعد موتي إن شئت بعد الموت ، أو اقتصر على قوله : إن شئت ، وقال : أردت بعد الموت ، فقال الإمام والغزالي : لايشترط الفور بعد الموت ، ونفى الإمام الخلاف في ذلك ، لأنها إذا تأخرت عن الخطاب ، واعتبرت بعد الموت ، لم يكن لاشتراط[2] اتصالهما بعد الموت معنى ولهذا لا يشترط في قبول الوصية • وفي « التهذيب » وغيره وجهان فيما لو قال : إذا مت وشئت بعد موتي فأنت حر ، أن المشيئة على التراضي ، أم يشترط الفور ؟ والصورة كالصورة • ولو قال : إذا مت فشئت فأنت حر . ففي اشتراط اتصال المشيئة بالموت وجهان • الأصح :

---

(١) في الأصل : لموصى بهما آخراً •
(٢) في الأصل : الاشتراط .

الاشتراط ، وبه أجاب الأكثرون ، لأن الفاء للتعقيب ، ويجري الخلاف في سائر التعليقات ، كقوله : إن دخلت الدار فكلمت زيداً فأنت طالق. هل يشترط اتصال الكلام بالدخول ؟ ولو قال : إذا مت فمتى شئت فأنت حر ، لم يشترط اتصال المشيئة بالموت بلا خلاف • ولو قال : إذا مت ، فأنت حر إن شئت ، أو إذا شئت ، أو قال : أنت حر إذا مت إن شئت ، فيحتمل أن يراد بهذا اللفظ المشيئة في الحال ، وتحتمل المشيئة بعد الموت ، فيراجع ويعمل بمقتضى إرادته ، فإن قال : أطلقت ولم أنو شيئاً ، فثلاثة أوجه • الأصح : حمله على المشيئة بعد الموت ، وبه أجاب الأكثرون ، منهم العراقيون ، وشرطوا أن تكون المشيئة بعد الموت على الفور ، ومقتضى ما سبق عن الإمام والغزالي : أن لايشترط الفور • والثاني : حمله على المشيئة في الحياة وبعد الموت ، لأن الموت متردد بينهما فتكفي المشيئة في حياة السيد ، ويشترط الفور على الصحيح • والثالث : تشترط المشيئة في الحياة ، فإن لم يتحققا ، لم يحصل يقين العتق ، وليجر هذا الخلاف في سائر التعليقات ، كقوله[1]: إذا دخلت الدار فأنت طالق ، إن كلمت[2] فلاناً • أيعتبر الكلام بعد الدخول ، أم قبله ؟ قال الإمام : ونشأ من هذا المنتهى إشكال فيما لو قال لعبده : إن رأيت عيناً فأنت حر ، والعين لفظ مشترك بين الباصرة، والدينار ، وعين الماء ، ولم ينو المعلق شيئاً ، فهل يعتق العبد إذا رأى شيئاً منها ؟ فيه تردد ، والوجه : أنه يعتق ، وبه يضعف اعتبار الشيئتين في مسألة المشيئة • ولك أن تقول : إن لم تكن المسألة كالمسألة ، فلا إلزام ، وإن كانت كهي ، فليحصل العتق بالمشيئة في الحياة أو بعد

---

(١) في الأصل : لقوله .
(٢) في الأصل : كملت .

الموت ، كمسألة العين ، وهذا وجه غير الثلاثة ، ثم الأشبه أن اللفظ المشترك لايحمل جميع معانيه ، ولا يحمل عند الإطلاق على كلها ، ويمكن أن يؤمر[1] بتعيين أحدها ، ومتى اعتبر في المشيئة بعد الموت الفور فأخرها ، بطل التعليق ، وإذا لم تعتبر كما[2] في قوله : فأنت حر متى شئت ، فقال القاضي أبو حامد : تعرض عليه المشيئة ، فإن امتنع ، فللورثة بيعه ، وكذا لو علق بدخول الدار وغيره بعد الموت ، يعرض عليه الدخول ، كما يقال للموصى له : أقبل أورد • وهل للورثة بيعه قبل المشيئة وعرضها عليه ؟ فيه الخلاف السابق في الفرع الماضي •

فرع

قال : إن شاء فلان وفلان ، فعبدي حر بعد موتي ، لم يكن مدبراً حتى يشآء جميعاً • ولو قال : إذا مت ، فشئت ، فأنت مدبر ، فهذا لغو ، وكذا لو قال : إذا مت فدبروا هذا العبد • ولو قال : إذا مت فعبد من عبيدي حر ، ومات ولم يبين ، أقرع بينهم • قال في «الأم» : لو قال : إذا قرأت القرآن بعد موتي فأنت حر ، لايعتق إلا بقراءة جميع القرآن • ولو قال : إذا قرأت قرآناً عتق بقراءة [بعض] القرآن •

الركن الثالث : الأهل ، فلا يصح تدبير مجنون ، ولاصبي لايميز ، ولا مميز على الأظهر ، فإن صححناه ، صح رجوعه بالقول إن جوزنا الرجوع عن التدبير بالقول ، وفيه وجه • وإن قلنا : يملك الرجوع بالقول ، فالتصرف الذي يحصل به الرجوع ، لايصح منه ، لكن يقوم

---

(١) في الأصل : يميز .
(٢) في الأصل : وإلا لم يعتبر حمل .

الولي[1] مقامه ، فإذا رأى المصلحة في بيعه ، باعه ، وبطل التدبير . ويصح تدبير المحجور عليه بسفه على المذهب ، وقيل : قولان كالمميز. فإن صححنا ، فرجوعه كما ذكرنا في المميز ، وتدبير المحجور عليه بفلس كإعتاقه ، وقد سبق في التفليس . وفي تدبير السكران الخلاف[2] السابق في سائر تصرفاته . وفي تدبير المرتد أقوال مبنية على ملكه ، إن قلنا : باق ، صح تدبيره ، وإن قلنا : زال ، فلا . وإن قلنا : موقوف، فتدبيره موقوف ، إن أسلم، بان صحته ، وإن مات مرتداً ، بان فساده. وحكي قول في بطلان تدبيره على قول الوقف ، ثم قال ابن سلمة : الأقوال إذا حجر القاضي عليه ، فأما قبله ، فيصح قطعاً ، وقال أبو إسحاق : هي قبل الحجر ، فأما بعده ، فلا يصح قطعاً . وقال غيرهما بطرد الأقوال في الحالين . وقد سبق في الردة أن البغوي جعل الوقف أصح . وروى بعضهم أن الشافعي رضي الله عنه قال : أشبه الأقوال بالصحة ، زوال الملك بنفس الردة ، وبه أقول . ولو دبر عبداً ، ثم ارتد ، فثلاث طرق ، أصحها وهو الذي رجحه ابن كج ، والعراقيون ، وبه قال أبو إسحاق : لا يبطل التدبير قطعاً ، فإذا مات مرتداً ، عتق العبد ، صيانة لحق العبد عن الضياع ، كحق[3] الغرماء ، وكما لا يبطل بيعه وسائر عقوده . والثاني : يبطل قطعاً ، لأنه لو بقي ، لنفذ من الثلث ، وما نفذ من الثلث ، اشترط فيه بقاء الثلثين للورثة ، وهذا ضعيف ، وعلى هذا تبطل وصايا المرتد . والثالث ، وبه قال ابن سلمة : يبنى على أقوال الملك ، إن بقي ، فالتدبير باق ، وإن زال ، بطل ، وإن وقف ، فإن قلنا بالبطلان ، فأسلم ، عاد ملكه ، وعاد التدبير على

---

(1) في الأصل : الولاء .
(2) في الأصل : بخلاف .
(3) في الأصل : لحق .

المذهب . وقيل : قولان ، كعود الحنث ، كما لو باع مدبراً ، ثم ملكه . وإن أبقينا التدبير ، عتق المدبر من الثلث ، وجعل الثلثان فيئاً . وفي وجه : يعتق كله ، ورعاية الثلث والثلثين يختص بالميراث . ولو ارتد المدبر ، قتل كالقن ، لكن لا يبطل التدبير بالردة ، كما لا يبطل الاستيلاد والكتابة بالردة . فلو مات السيد قبل قتله ، عتق . ولو التحق المرتد بدار الحرب ، فسبي ، فهو على تدبيره . ولا يجوز استرقاقه . لأنه إن كان سيده حياً ، فهو له ، وإن مات ، فولاؤه له . ولا يجوز إبطاله . فإن كان سيده ذمياً ، ففي جواز استرقاق عتيقه خلاف سبق . ولو استولى الكفار على مدبر مسلم ، ثم عاد إلى يد المسلمين . فهو مدبر كما كان .

فرع

الكافر الأصلي ، يصح تدبيره وتعليقه[1] العتق بصفة ، كما يصح استيلاده . سواء الكتابي . والمجوسي ، والوثني . والحربي . والذمي ، ولا يمنع الكافر من حمل مدبره ومستولدته الكافرين إلى دار الحرب ، سواء جرى التدبير في دار الإسلام . أو دار الحرب . وليس له حمل مكاتبه الكافر قهراً ، لظهور استقلاله . ولو دبر كافر عبداً كافراً ، ثم أسلم العبد ، فإن رجع السيد عن التدبير بالقول ، وجوزناه ، بيع عليه ، وإلا ، ففي بيعه قولان منصوصان في « الأم » أحدهما : يباع عليه ، ويبطل التدبير دفعاً لإذلاله ، وأظهرهما : لا يباع ، بل يبقى التدبير ، لتوقع الحرية ، ولكن يخرج من يده . ويجعل في يد عدل ، ويصرف كسبه إليه ، كما لو أسلمت مستولدته ، فإن خرج سيده إلى دار الحرب ، أنفق من كسبه عليه ، وبعث ما فضل إلى السيد ،

(١) في الأصل : تطليقه .

فإذا مات ، عتق من الثلث ، فإن بقي منه شيء للورثة ، بيع عليهم . ولو أسلم مكاتب الكافر ، فقيل : قولان كالمدبر ، والمذهب أنه لايباع ، بل تبقى الكتابة ، لانقطاع سلطة السيد واستقلاله ، فإن عجزه السيد، بيع عليه .

فرع

إذا دبر أحد الشريكين نصيبه ، فالمشهور أنه لايسري ولا يقوم عليه نصيب شريكه ، فإن مات وعتق نصيبه ، لم يسر أيضاً إلى نصيب الشريك ، لأن الميت معسر ، بخلاف ما إذا علق عتق نصيبه بصفة فوجدت وهو موسر ، يسري . وفي قول : يسري ، وحكي هذا وجهاً . ولو دبر بعض عبده الخالص ، صح ، ولا سراية ، ويجيء فيه الخلاف في نصيب الشريك وأولى .

الباب الثاني في حكم التدبير .

وله حكمان : ارتفاعه ، وسرايته إلى الولد .

الأول : ارتفاعه ، ويرتفع بخمسة أمور . الأول : إزالة الملك ، فللسيد إزالة الملك عن المدبر بالبيع والهبة والوصية وغيرها ، سواء كان التدبير مطلقاً أو مقيداً ، وإذا زال الملك عنه ببيع ونحوه ، ثم عاد إلى ملكه ، فهل يعود التدبير ؟ يبنى على أن التدبير وصية للعبد بالعتق . أم هو تعليق عتق بصفة ؟ وفيه قولان : القديم وأحد قولي الجديد : وصية ، والثاني وهو نصه في أكثر كتبه : تعليق بصفة ، وهذا هو الأظهر عند الأكثرين ، فإن قلنا : وصية ، لم يعد التدبير ، كما لو أوصى بشيء ، ثم باعه ، ثم ملكه . وإن قلنا : تعليق ، فعلى الخلاف في عود الحنث . وقد سبق أن الأظهر أنه لايعود ، فحصل أن المذهب

أنه لا يعود التدبير الثاني لو[1] رجع عن التدبير باللفظ ، كقوله : رجعت عنه ، أو فسخته ، أو أبطلته ، أو رفعته ، أو نقضته . فإن قلنا : وصية ، صح الرجوع ، وإلا ، فلا . وسواء التدبير المطلق والمقيد . وقيل : يختص الخلاف بالمطلق ، ويقطع في المقيد بمنع الرجوع ، والمذهب الأول . ولو قال : أعتقوا فلاناً عني إذا مت ، جاز الرجوع باللفظ كسائر الوصايا . ولو ضم إلى الموت صفة أخرى ، بأن[2] قال : إذا مت ، فدخلت الدار ، فأنت حر ، لا يجوز الرجوع باللفظ قطعاً ، وإنما الخلاف في التدبير .

فرع

إذا وهب المدبر ولم يقبضه ، إن قلنا : التدبير وصية . حصل الرجوع ، وإن قلنا : تعليق ، لم يحصل على الصحيح . وإن اتصل بها القبض . وقلنا : يملك بالقبض ، انقطع التدبير . وإن قلنا : يتبين الملك من حين الهبة . قال الإمام : ففي انقطاع التدبير من حين الهبة تردد . وكذا لو باع بشرط الخيار . وقلنا : يزيل الملك . فهل يبطل التدبير قبل لزوم البيع ؟ فيه تردد . والذي أطلقه البغوي أن البيع بشرط الخيار يبطل التدبير على القولين . ولو باع نصف المدبر . أو وهب وأقبض . بطل التدبير في النصف المبيع . أو الموهوب وبقي [في] الباقي . وهل يبطل التدبير في الرهن ؟ قيل : يبطل . وقيل لا . والمذهب قولان بناء على أنه وصية أو تعليق ؟ ومجرد الإيجاب في الهبة والرهن . إن جعلناه وصية . كان على الخلاف في أنه رجوع في الوصية ، وإن جعلناه تعليقاً ، فلا أثر له ، ولا يبطل التدبير بالاستخدام والتزويج بلا خلاف . وإذا جعلناه

---

(١) في الأصل : ولو .

(٢) في الأصل : فإن .

وصية ، بطل بالعرض على البيع • وسائر ما ذكرناه في باب الوصية ؛ لكن الوطء ليس رجوعاً عن التدبير ، وإن جعلناه وصية ، سواء عزل أم لا ، بخلاف الوصية ، فإن استولدها ، فالصحيح الذي قطع به الجمهور بطلان التدبير ، لأن الاستيلاد أقوى ، فيرتفع به الأضعف . كما يرتفع النكاح بملك اليمين ، ولهذا [لو] دبر مستولدته ، لم يصح ، لأنها تستحق العتق بالموت بجهة أقوى من التدبير ، وقيل : لايبطل التدبير ، ويكون لعتقها بالموت سببان • وقيل : لايبطل ، بل يدخل في الاستيلاد ، كالحدث في الجنابة[1] ، ولو كاتب المدبر ، ففي ارتفاع التدبير وجهان ، بناء على أنه وصية ، أم تعليق • إن قلنا : وصية ، ارتفع ، وإلا ، فلا • فيكون مدبراً مكاتباً ، كما لو دبر مكاتباً. فإن أدى النجوم ، عتق بالكتابة ، وإن مات السيد قبل الأداء ، عتق بالتدبير ، فإن لم يحتمله الثلث ، عتق قدر الثلث ، وبقيت الكتابة في الباقي ، فإذا أدى قسطه ، عتق ، وهذا نص الشافعي رحمه الله وبه قطع الشيخ أبو حامد وجماعة ، وقال القاضي أبو حامد : يسأل عن كتابته ، فإذا أراد بها الرجوع عن التدبير ، ففي ارتفاعه القولان ، وإلا، فهو مدبر مكاتب قطعاً • وخرج الإمام على الخلاف في الكتابة ؛ ما لو علق عتق المدبر بصفة لأنه لو أوصى به ثم علق عتقه بصفة ، كان رجوعاً ؛ وقطع البغوي بأنه يصح التعليق بالصفة ، ويبقى التدبير بحاله ، كما لو دبر المعلق عتقه[2] بصفة تجوز ، ثم إن وجدت الصفة قبل الموت ، عتق ، وإن مات قبلها ، عتق بالتدبير •

فروع

قال : رجعت عن التدبير في نصفه أو ربعه، بقي التدبير في جميعه.

---

(1) في الأصل : الجناية .

(2) في الأصل : عنه .

إن قلنا : لايكفي الرجوع باللفظ ، وإلا فيبقى في باقيه فقط ، نص في « الأم » أنه إذا دبر ، ثم خرس ، فإن لم يكن له إشارة مفهومة ، ولا كتابة ، فلا مطلع على رجوعه ، وإن كانت له إشارة أو كتابة ، فأشار بالبيع ونحوه ، ارتفع التدبير ، وإن أشار بنفس الرجوع ، فعلى الخلاف .

ولو دبر مكاتباً ، صح ، فإن أدى النجوم قبل موت السيد ، عتق بالكتابة ، وبطل التدبير . ولو عجز نفسه ، أو عجزه سيده ، بطلت الكتابة ، وبقي التدبير . ولو مات السيد قبل الأداء والتعجيز ، عتق بالتدبير إن احتمله الثلث . قال الشيخ أبو حامد : وتبطل الكتابة . قال ابن الصباغ : وعندي أنه يتبعه ولده وكسبه ، كما لو أعتق السيد مكاتبه قبل الأداء ، فكما لا يملك إبطال الكتابة بالإعتاق ، فكذا بالتدبير . قال : ويحتمل[1] أن يريد بالبطلان زوال العقد دون سقوط أحكامه .

الأمر الثالث : إن لم نجوز الرجوع عن التدبير باللفظ ، فإنكار السيد التدبير ليس برجوع ، وإن جوزناه ، فهل هو رجوع ؟ وكذا إنكار الموصي الوصية ، والموكل الوكالة ، هل هو رجوع ؟ ثلاثة أوجه ، أحدها : نعم ، لأن هذه العقود عرضة للفسخ . ولو قال : لست بمدبر ، أو لست بوكيل ، أو ليس هذا موصى به ، وجب القطع بارتفاع هذه العقود ، فكذا إذا قال : لم أدبر ، ولم أوكل ، ولم أوص . والثاني : لا ، لأنه كذب فلم يؤثر . والثالث وهو الأصح المنصوص : ترتفع الوكالة ، لأن فائدتها العظمى تتعلق بالموكل ، ولا يرتفع التدبير والوصية ، لأنهما عقدان يتعلق بهما غرض شخصين ، فلا يرتفعان

---

(١) في الأصل : يحتمل بلا واو .

بإنكار أحدهما ، وإنكار البيع الجائز [1] ليس فسخاً ، وفيه احتمال • ولو أنكر الزوجية ، فليس بطلاق على الأصح • ولو ادعت على زوجها طلاقاً رجعياً ، فأنكر ، لم يكن إنكاره رجعة بالاتفاق • وإذا ادعى على سيده التدبير أو العتق بصفة ، سمعت الدعوى على المذهب • وقيل : يسمع العتق بصفة ، وفي التدبير الخلاف • وفي شهادة الحسبة على التدبير الخلاف في سماع الدعوى ، ورد الشهادة أولى ، لأن موضع شهادة الحسبة أن يثبت[2] لله تعالى حق مجحود فيثبته[3] الشاهد حسبة ، ثم إذا توجهت الدعوى ، وأنكر السيد ، فله إسقاط اليمين عن نفسه ، بأن يقول : إن كنت دبرته فقد رجعت عنه إذا جوزنا الرجوع باللفظ ، وكذا لو قامت به بينة ، وحكم به الحاكم ، فله الدفع بهذا الطريق على هذا القول • ولو ادعى على الورثة أن مورثهم دبره ، وأنه عتق بموته ، حلفوا على نفي العلم ، ولا يثبت التدبير إلا بشهادة رجلين ، لأنه ليس بمال ، وثبت الرجوع برجل وامرأتين ، وشاهدويمين، لأنه مال ، وفيه وجه ضعيف ، لأنه ينفي[4] الحرية •

الرابع : مجاوزة الثلث ، فعتق المدبر معتبر من الثلث بعد الديون، فلو كان على الميت دين مستغرق للتركة ، لم يعتق منه شيء ، وإن لم يكن دين ، ولا مال سواه ، عتق ثلثه ، وإن كان دين يستغرق نصفه بيع نصفه في الدين ، ويعتق ثلث الباقي منه • وفي تعليقة إبراهيم المروزي أن الحيلة في عتق الجميع بعد الموت ، وإن لم يكن له مال

---

(1) في الأصل : البيع : الخائن .
(2) في الأصل : ثبتت .
(3) في الأصل : فبينته .
(4) في الأصل : تبقى .

سواه أن يقول : هذا [العبد] حر قبل[1] مرض موتي بيوم ، وإن مت فجأة ، فقبل موتي بيوم ، فإذا مات بعد التعليقين بأكثر من يوم ، عتق من رأس المال ، ولا سبيل عليه لأحد • ولو اقتصر على قوله : أنت حر قبل موتي بيوم أو شهر ، فإذا مات ، نظر ، إن كان في أول اليوم ، أو الشهر قبل الموت مريضاً ، اعتبر عتقه من الثلث ، وإن كان صحيحاً ، فمن رأس المال ولا فرق في اعتبار التدبير من الثلث ؛ بين أن يقع التدبير في الصحة أو في المرض كالوصية •

فرع

دبر عبداً ومات ، وباقي ماله غائب عن بلد الورثة ، أو دين على معسر ، فلا يعتق جميع المدبر ، وهل يعتق ثلثه ؟ وجهان أحدهما : نعم، لأن الغيبة لا تزيد على العدم • ولو لم يكن إلا العبد ، لعتق ثلثه ، فعلى هذا ثلث أكسابه بعد موت السيد له ، ويوقف الباقي • وأصحهما : لا يعتق حتى يصل المال إلى الورثة ، لأن في تنجيز العتق تنفيذ التبرع قبل تسليط الورثة على الثلثين ، فعلى هذا يوقف الأكساب ، فإن حضر الغائب بان أنه عتق ، وأن الأكساب لـه • ويقال : الخلاف قولان • الأول : مخرج • والثاني : منصوص • فإذا كانت قيمة المدبر مائة ؛ والغائب مائتان ، فحضر مائة ، فعلى الأول : يعتق ثلثاه ؛ وعلى الثاني : نصفه ، لحصول مثليه[2] للورثة ، فإن حضرت مائة وتلفت[3] المائة الأخرى ، استقر العتق في ثلثيه ، وتسلطت الورثة على ثلثه وعلى المائة• وفي طريقة الصيدلاني تفريعاً على أنه يعتق من المدبر ثلثه أن للوارث

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بعد مرض موتي .
(٢) في الأصل : ثلثه .
(٣) في الأصل : وبلغت .

التصرف في الثلثين ، فإن حضر الغائب نقض تصرفه . وأنه لو أعتق أعتق الثلثين ولم يحضر الغائب ، فولاء الثلثين له . وإن حضر . فعن ابن سريج ، أن الجواب كذلك ، وأن فيه وجهاً أن جميع الولاء للميت بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ ، أم ابتداء عطية ؟ واشتد إنكار الإمام على هذا ، وقال : إعتاق الورثة رد للتدبير ، ولا سبيل إليه بسبب غيبة المال ، بل الوجه التوقف ، فإن حضر الغائب ، بان نفوذ العتق في الجميع ، ولكن مستند إلى وقت الموت ، أم عند حصول القدرة ؟ فيه احتمالان أوجههما : الأول ، قال : ولو كانت التركة بحيث يفي ثلثها بالمدبر ، لكن عليه دين مستغرق ، فأبرأ مستحق الدين عن الدين بعد أيام من الموت ، فيسند العتق إلى وقت الموت ، أم يتنجز من وقت سقوط الدين ؟ فيه احتمالان : أصحهما : الثاني . ولو كان له دين على إنسان ليس له غيره ، فأبرأ عنه في مرض الموت ، أو عن ثلثه ، هل تحصل البراءة عن الثلث قبل وصول الثلثين ؟ فيه الخلاف ، الأصح : المنع ، ويجري الخلاف فيما لو مات عن ابنين ولم يترك إلا ديناً على أحدهما ، هل يبرأ من عليه الدين من نصفه ؟ ولو أوصى بغير مال يخرج من الثلث ، وباقي ماله غائب ، هل يسلم إلى الموصى له ثلث العين ، أم ينتظر حضور الغائب ؟ فيه الخلاف ، وقد سبق في الوصايا . ولو أوصى بثلث ماله ، وبعضه حاضر ، وبعضه غائب ، أو عين ودين[1] دفع إلى الموصى له ثلث الحاضر والعين ، وما حصل بعده قسم كذلك .

فرع

إذا علق عتق عبد بصفة ، فوجدت في مرض موته ، نظر ، إن كان التعليق بصفة لا توجد إلا في المرض ، كقوله : إن دخلت الدار في مرض

---

(١) في الأصل : أو دين .

موتي ، فأنت حر ، أو إذا مرضت مرض الموت ، فأنت حر ، اعتبر عتقه من الثلث • وإن احتمل وجودها في الصحة والمرض ، فهل يعتق من رأس المال ، أم الثلث ؟ قولان أظهرهما : الأول ، هذا إن وجدت الصفة بغير اختياره ، فإن وجدت باختياره ، اعتبر من الثلث ، لأنهم قالوا : لو قال : إن دخلت الدار ، فأنت حر ، فدخلها في مرضه ، اعتبر العتق من الثلث ، لأنه اختار حصول العتق في مرضه • ولو باع الصحيح محاباة ، وشرط الخيار ، ثم مرض في مدة الخيار ، ولم يفسخ حتى مات ، اعتبرت المحاباة من الثلث ، لأنه لزم العقد في المرض باختياره ، فأشبه من وهب في الصحة ، وأقبض في المرض •

قلت : إنما يظهر هذا إذا قلنا : الملك في مدة الخيار للبائع ، وترك الفسخ عامداً لا ناسياً • **والله أعلم**

فرع

علق عتق عبد بصفة وهو مطلق التصرف ، فوجدت وهو محجور عليه بفلس ، عتق إن اعتبرنا حال التعليق ، وإن اعتبرنا حال وجود الصفة ، فهو كإعتاق المفلس • ولو وجدت الصفة ، وهو مجنون ، أو محجور عليه بسفه ، عتق بلا خلاف ، ذكره البغوي ، وفرق بأن حجر المريض والمفلس لحق الغير ، وهو الورثة والغرماء ، بخلاف السفه والجنون • ولو قال : إن جننت فأنت حر ، فجن ، ففي العتق وجهان حكاهما صاحب « الإفصاح » وقد يخرج هذا فيما لو كان التعليق بصفة غير الجنون ، فوجدت في الجنون • ولو قال : إن مرضت مرضاً مخوفاً فأنت حر ، فمرض مرضاً مات فيه ، عتق العبد من الثلث على الصحيح • وقيل : من رأس المال • ولو مرض مرضاً مخوفاً ، وبرأ منه ، عتق من

رأس المال . وقيل : لا يعتق أخذاً من الخلاف فيمن حج عنه ، وهو معضوب ، فبرأ وهذا ضعيف .

الأمر الخامس : جناية المدبر . اعلم أن الجناية على المدبر ، كهي على القن ، فإن قتل ، فللسيد القصاص أو القيمة ، ولا يلزمه أن يشتري بها عبداً يدبره ، وإن جنى على طرفه ، فللسيد القصاص والأرش ، ويبقى التدبير بحاله . أما جناية المدبر ، فهو فيها كالقن أيضاً ، فإن جنى بما يوجب القصاص ، فاقتص منه ، فات التدبير . وإن جنى بموجب للمال ، أو عفي عن القصاص ، فللسيد أن يفديه ، وأن يسلمه ليباع في الجناية ، فإن فداه ، بقي التدبير . وهل يفديه بأرش الجناية ، أم بالأقل من قيمته والأرش ؟ فيه القولان السابقان في القن . وإن سلمه للبيع ، فبيع جميعه ، بطل التدبير ، فإن عاد إلى ملكه ، ففي عود التدبير الخلاف السابق في أول الباب ، وإن حصل الغرض ببيع بعضه ، بقي التدبير في الباقي .

وإن مات السيد قبل البيع ، واختيار الفداء ، فطريقان ، أصحهما : أن حصول العتق على الخلاف في نفوذ عتق الجاني ، فإن نفذناه أخذ الفداء من تركة السيد . ويكون الفداء أقل الأمرين بلا خلاف ، لأنه تعذر تسليمه للبيع ، وإن لم ننفذه ، فالوارث بالخيار بين أن يفديه . فيعتق من الثلث ، أو يسلمه للبيع . وإن كان في ثلث المال سعة ، فإذا بيع ، بطل التدبير . وقد سبق في البيع أن المذهب أن إعتاق الجاني ينفذ من الموسر دون المعسر .

والطريق الثاني : أنه إن وفى الثلث بقيمة الرقبة والفداء ، لزم الورثة تحصيل العتق ، وإلا فيخرج على هذا الخلاف . ولو كانت جناية المدبر تستغرق ثلث الرقبة مثلاً ، ومات السيد ، ففداه الوارث

من ماله . ففي ولاء ذلك الثلث وجهان . هل هو للوارث أو المورث بناء على أن إجازة الوارث تنفيذ أم عطية . ولو جنت مدبرة . ولها ولد صغير . وقلنا بسراية التدبير إليه . فوجهان : أحدهما : يبيع الولد معها حذراً من التفريق . ولا يبالي بفوات التدبير فيه . والثاني : يبيعها وحدها . ويحتمل التفريق للضرورة ، حفظاً للتدبير في الولد ، وهو كالخلاف فيمن رهن الجارية دون الولد ، واحتجنا إلى بيعها للدين هل يباع معها ؟

الحكم الثاني : السراية إلى الولد يجوز وطء المدبرة والمعلق عتقها بصفة . لكمال الملك . ونفاذ التصرف . فإن أولدها . صارت مستولدة . وبطل التدبير على الأضح . كما سبق . وفائدة الخلاف فيما لو قال : كل مدبر لي حر ، هل تعتق هي ؟ ولو أتت المدبرة بولد من نكاح أو زنى . سرى التدبير إليه على الأظهر عند الأكثرين ، منهم الشيخان أبو حامد والقفال . وهو مذهب مالك وأبي حنيفة وأحمد رحمهم الله ، كما يتبع ولد المستولدة والأضحية والهدي أمه .

قلت : بل الأظهر عند الأكثرين أنه لا يتبعها[1] والله أعلم

ولو ولدت المعلق عتقها بصفة ، لم يتبعها الولد على الأظهر ، وولد الموصى بها لا يتبعها على المذهب . وقال الشيخ أبو محمد : يحتمل طرد القولين ، فإذا جعلنا ولد المدبرة مدبراً ، فماتت في حياة السيد ، لم يبطل التدبير في الولد . كما لو دبر عبدين فمات أحدهما قبل السيد،

(١) في إحدى نسخ الظاهرية بعد قوله : « لا يتبعها » زيادة نصها : « ومنهم الر » وقد كتب أحد من قرأ النسخة : وكذا عند الشيخ ألف لام راء . ولعله أراد الرافعي رحمه الله . فإنه ذكر في « المحرر » أن الأظهر ان الولد لايتبعها ، وكذا صححه صاحب « التنبيه » .

وكما لو ماتت المستولدة لا يبطل حق الولد . ولو رجع السيد عن تدبير أحدهما باللفظ وجوزناه ، أو باع أحدهما . لم يبطل التدبير في الآخر . ولو كان الثلث لا يفي إلا بأحدهما . فوجهان ، أصحهما وبه قال ابن الحداد : يقرع بينهما . كعبدين ضاق الثلث عنهما والثاني : يقسم العتق عليهما ، لئلا تخرج القرعة على الولد فيعتق ، ويرق الأصل . وإذا قلنا : المعلق عتقها بصفة يتبعها الولد ، فمعناه أن الصفة إذا وجدت فيها وعتقت ، عتق الولد . ولا تعتبر الصفة فيه . ولو وجدت الصفة منه ، فلا أثر لها . هذا هو الصحيح المعروف في المذهب . وقال الشيخ أبو محمد : مقتضى سراية التعليق أن عتقه بنفس الصفة ، وهي دخول الدار مثلاً . فعلى هذا لا يعتق هو بدخولها ، ويعتق بدخوله . ولو بطل التعليق فيها بموتها . بطل في الولد . ومقتضى قول الشيخ أبي محمد أن لا يبطل فيه . ولو قال لأمته : أنت حرة بعد موتي بعشر سنين مثلاً ، فإنما يعتق بعد مضي تلك المدة من يوم الموت ، فلو ولدت قبل موت السيد ، فهل يتبعها الولد في حكم الصفة ؟ فيه القولان . وإن ولدت بعد موت السيد وقبل مضي المدة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يتبعها ، فقيل : فيه القولان كما قبل الموت ، وإنما فرع على أحدهما . وقيل : يتبعها قطعاً لتأكد سبب العتق ، إذ ليس للوارث التصرف فيها ، فأشبهت المستولدة ، فعلى هذا يعتق الولد من رأس المال كولد المستولدة . وأما ولد المدبر ، فلا يؤثر تدبير أبيه فيه ، وإنما يتبع الأم في الرق والحرية .

فرع

هذا الذي ذكرناه في ولد المدبرة ، هو فيما إذا حدث بعد التدبير ، وانفصل قبل موت السيد ، فأما إذا كانت حاملاً عند موت السيد . فيعتق معها الحمل بلا خلاف ، كما لو أعتق حاملاً ، فإن لم يحتملها

الثلث حاملاً ، عتق منها قدر الثلث، وكذا المعلق عتقها على صفة لو كانت حاملاً عند وجود الصفة • ولو كانت المدبرة حاملاً عند التدبير ، فطريقان : أحدهما : أنه على القولين في أن الحمل هل يعرف ؟ إن قلنا : نعم وهو الأظهر ، فالولد مدبر ، وإلا ففيه القولان في الولد الحادث ، والمذهب القطع بأنه مدبر • وإن قلنا : لا يعرف الحمل كما يدخل في البيع • وإن قلنا : لا يعرف وليس هو بسراية التدبير بل اللفظ يتناوله وإنما يعرف كونه موجوداً عند التدبير إذا ولدته لدون ستة أشهر ، فإن ولدته لأكثر من أربع سنين من وقت التدبير ، فهو حادث ، وإن ولدته لما بينهما ، نظر ، هل لها زوج يفترشها أم لا ، وقد سبقت نظائره في مواضع • وإن كان لها زوج قد فارقها قبل التدبير ، وولدت لدون أربع سنين من وقت الفراق ، فالأظهر أنه يجعل موجوداً يوم التدبير ، كما يجعل موجوداً في ثبوت النسب من الزوج •

فرع

إذا ثبت التدبير في الحمل ، ثم انفصل ، فرجوع السيد في التدبير عن أحدهما لا يرفع التدبير في حق الآخر • وإن رجع قبل الانفصال عن تدبير الحمل ، وجوزنا الرجوع باللفظ ، ارتفع التدبير فيه، وبقي في الأم • وقيل : لا يصح الرجوع فيه مادام حملاً مع بقاء التدبير في الأم ، والصحيح : الأول • وإن رجع في تدبير الأم ، نظر ، إن قال : رجعت في تدبيرها دون الولد ، لم يخف حكمه ، وإن أطلق ، فوجهان ، أحدهما : يتبعها في الرجوع ، كما يتبعها في التدبير • وأصحهما : لا يتبعها كالرجوع بعد الانفصال ، بخلاف التدبير ، فإن فيه معنى العتق ، وللعتق قوة • وإذا رجع في تدبيرها دون الولد ، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت الرجوع ، فهو مدبر • وإن أتت به لأكثر من ذلك ، ولها زوج يفترشها ، لم يكن مدبراً ، لأنه لا يعلم وجوده قبل الرجوع •

فرع

لو دبر الحمل وحده ، جاز كما لو أعتقه . ولا يتعدى إلى الأم . فإذا مات السيد ، عتق الحمل دون الأم ؛ فإن باع الأم ، فوجهان . أحدهما : أنه إن قصد به الرجوع ، حصل الرجوع ؛ وصح البيع في الأم والحمل ؛ وإن لم يقصد ، لم يحصل الرجوع ؛ فلا يصح البيع في الولد ، ويبطل في الأم على الأصح ؛ كما لو باع حاملاً بحر . وأصحهما: صحة البيع فيهما ، وحصول الرجوع قصد أم لا ، كما لو باع المدبر ناسياً للتدبير ، صح البيع والرجوع .

فرع

لو دبر أمة ، وقلنا : ولد المدبرة مدبر ، وجوزنا الرجوع عن التدبير باللفظ ، فقال : إذا ولدت ، أو كلما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره ؛ لم يصح الرجوع ، فإذا ولدت ، كان مدبراً حتى يرجع بعد الولادة ؛ لأن الرجوع لا يصح إلا بعد ثبوت التدبير ، ولا يثبت للولد قبل الولادة ، فصار كما لو قال : إذا دبرتك فقد رجعت عن تدبيرك ، فلا يصح الرجوع .

فرع

إذا قلنا : ولد المدبرة مدبر ، وتنازع السيد والمدبرة فيه ، فقال السيد: ولدته قبل التدبير ، فهو قن ، وقالت : بعده ، صدق السيد بيمينه . ولو جرى هذا الخلاف مع الوارث بعد موت السيد ، صدق الوارث أيضاً . قال البغوي : وتسمع دعواها حسبة ، حتى لو كانت قنة ، وادعت على السيد أنك دبرت ولدي ، سمعت . ولو قالت : ولدته بعد موت السيد ، فهو حر ، وقال الوارث : بل قبل التدبير ، صدق الوارث على الصحيح . وقيل : تصدق هي ، لأنها لم تعترف للورثة بيد ولا ملك . ولو كان في يد المدبر مال ، وقال : كسبته بعد موت السيد ،

فهو لي ، وقال الوارث : بل قبله فهو لي ، صدق المدبر بيمينه ، لأن اليد له ، بخلاف دعواها الولد[1] ، لأنها تزعم أنه حر ، والحر لا يدخل تحت اليد • ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، رجحت بينة المدبر ، لاعتضادها باليد • ولو أقام الوارث بينة أن هذا المال كان في يد المدبر في حياة السيد ، فقال المدبر : كان في يدي ، لكن كان لفلان فملكته بعد موت السيد ، صدق المدبر أيضاً ، نص عليه • ولو تنازع السيد والمستولدة في ولدها ، هل ولدته قبل الاستيلاد أم بعده ، أو الوارث والمستولدة ، هل ولدته قبل موت السيد ، أم بعده ، فهو على ما ذكرنا في تنازع السيد والمدبرة ، فإذا قلنا بسراية الكتابة إلى الولد ، فقالت المكاتبة : ولدته بعد الكتابة ، وقال السيد : بل قبلها ، صدق السيد أيضاً على الأصح ، وقيل : بل المكاتبة : لأنها يثبت لها اليد على نفسها وولدها • ولو اختلف السيد والمكاتب في المال ، صدق المكاتب كالمدبر •

فصل

دبر عبداً ثم ملكه أمة ، فوطئها وأولدها ، فإن قلنا : العبد لا يملك بالتمليك ، فالولد للسيد ويثبت نسبه من العبد ، ولا حد عليه للشبهة ، نص عليه • وإن قلنا : يملك بالتمليك فالجارية للمدبر ، ولا يحكم للولد بحرية ، لأنه حصل من رقيقين • وهل يتبع الأم ، ويكون رقيقاً للسيد ، أم يتبع الأب ، فيكون مدبراً ؟•

فرع

أمة لرجلين دبراها ، فأتت بولد ، فادعاه أحدهما ، فهو ابنه ، ويضمن نصف قيمتها ونصف قيمته ، ونصف مهرها لشريكه ، وأخذ

---

(1) في الأصل : للولد .

قيمتها يكون رجوعاً في التدبير . وقال القاضي أبو الطيب : عنـدي أنه لا يقوم نصيب الشريك إلا برضاه ، لأنه ثبت له حق الولاء فيه .

فرع

قول المدبر في حياة السيد وبعد موته : رددت التدبير ، لغـو ، لا يقدح فيه ، وبالله التوفيق .

* * *

كتاب الكتابة

لا يجب على السيد أن يكاتب عبده ، وحكى صاحب «التقريب» قولاً انها واجبة إذا طلبها العبد ، لقول الله تعالى : (فكاتبوهم) ، والمشهور الأول ، وبه قطع الجماهير ، كما لا يجب التدبير وشراء القريب ، والآية محمولة على الندب ، فتستحب الإجابة إذا طلبها العبد وكان أميناً قادراً على الكسب ، فإن فقد الشرطان ، لم يستحب ، ولكن لا يكره ، لأنها قد تفضي إلى العتق . وقال ابن القطان : يكره ، والصحيح الأول . وإن فقدت الأمانة ، وقدر على الكسب ، لم يستحب [على الصحيح . وقيل : يستحب دون الاستحباب مع الشرطين ، وإن كان أميناً بلا كسب ، لم يستحب] على الأصح . ولو طلب السيد الكتابة ، فامتنع العبد ، لم يجبره . وفي الكتابة بابان :

الأول : في أركان الكتابة ، وهي أربعة :

الأول : الصيغة ، وهي أن يقول لعبده : كاتبتك على ألف مثلاً تؤديه إلي في نجمين مثلاً أو أكثر ، فإذا أديت فأنت حر ، فيقول العبد : قبلت . ولو لم يصرح بتعليق الحرية بالأداء ، لكن نواه بقوله : كاتبتك على كذا ، صحت الكتابة أيضا ، فإن لم يصرح بالتعليق ، ولا نواه ، لم يصح ، ولم يحصل العتق . ومنهم من خرج من التدبير قولاً ان لفظ الكتابة صريح مغن عن التصريح بالتعليق ونيته ، وقد سبق في التدبير عن أبي إسحاق أنه قال : إن كان الرجل فقيهاً ، صحت كتابته بمجرد اللفظ ، وإلا ، فلا بد من التعليق أو نيته ، والمذهب الأول والفرق بين التدبير والكتابة ، أن التدبير مشهور بين الخواص والعوام،

والكتابة لا يعرفها العوام ، وقد نقلوا عن أبي إسحاق أنه قال على هذا : لو كان قريب الإسلام ، أو جاهلاً بالأحكام لا يعرف التدبير ، لم ينعقد تدبيره بمجرد لفظة التدبير ، حتى تنضم إليه نية أو زيادة لفظ . وحكي وجه أنه إن ذكر ما تتميز به الكتابة عن المخارجة ، كفى ، كقوله : تعاملني أو أضمن لك أرش الجناية ، أو يستحق مني الإيتاء ، أو من الناس سهم الرقاب ، فيكفي عن تعليق الحرية بالأداء . ولا خلاف أنه لا يكفي قوله : كاتبتك وحده ، كما[1] إذا قال : بعتك كذا ولم يذكر عوضاً .

فرع

قال : أنت حر على ألف ، فقبل ، عتق في الحال ، وثبت الألف في ذمته ، وهو كقوله لزوجته : أنت طالق على ألف ، فقبلت ، ولو قال : إن أعطيتني ألفاً ، أو أديت لي ألفاً فأنت حر ، فلا يمكنه أن يعطيه من مال نفسه ، لأنه لايملك . فلو أعطاه من مال غيره ، هل يعتق ؟ وجهان، أصحهما : لا . والثاني : نعم ، فعلى هذا هل[2] سبيله سبيل الكتابة الفاسدة ، أم تعليق محض ؟ وجهان ، فإن قلنا : كتابة فاسدة ، رد السيد ما أخذ ، ورجع على العبد بقيمته ، وتبعه كسبه وأولادهالحاصلة بعد التعليق . وإن قلنا : تعليق ، فهل يرجع عليه بقيمته ؟ وجهان ، أصحهما : لا ، ولا يتبعه الكسب والولد ، بخلاف ما إذا قال لزوجته : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطته مغصوباً ، وقلنا : تطلق ، فإنه يرجع عليها ، لأنها أهل للالتزام وقت المخاطبة ، بخلاف العبد .

(١) في الأصل : زيادة كلمة « جاء » قبل إذا .
(٢) في الأصل : قبل .

فرع

قال لعبده : بعتك نفسك بكذا ، فقال : اشتريت ، أو قال العبد: بعني نفسي بكذا ، فقال : بعتك ، صح البيع ، وثبت المال في ذمته ، وعتق في الحال ، كما لو أعتقه على مال • وذكر الربيع قولاً انه لا يصح • فمن الأصحاب من أثبته قولاً ضعيفاً ، ومنهم من نفاه وقال : هو تخريج له ، فعلى المذهب : للسيد الولاء ، كما لو أعتقه على مال ، وفيه وجه سبق • ولو أقر السيد بأنه باعه نفسه ، فأنكر العبد، عتق بالإقرار، وحلف أنه لم يشتر ، ولا شيء عليه • ولو قال : بعتك نفسك بهذه العين ، أو بخمر ، أو خنزير ، فإن صححنا بيعه له ، وأثبتنا الولاء للسيد ،عتق،وعليه قيمته، كما لو قال : أعتقتك على خمر أو خنزير[1] ، فإن قلنا : لا ولاء عليه ، لم يصح ، ولم يعتق ، كما لو باعه لأجنبي بخمر • ولو قال : وهبت لك نفسك ، أو ملكتك ، فقبل ، عتق • ولو أوصى له برقبته ، فقبل بعد الموت ، عتق •

واعلم أن الإعتاق على عوض ، وبيع العبد نفسه ، يشاركان الكتابة في أن كل واحد منها يتضمن إعتاقاً بعوض ، ويفارقانها في الشروط والأحكام ، وهما عقدان مستقلان •

الركن الثاني : العوض ، وشروطه ثلاثة : الأول : كونه ديناً مؤجلاً ، إذ لاقدرة له في الحال فلو ملك بعض شخص باقيه حر، وكاتبه في ملكه بدين حال ، لم يصح على الأصح • وقيل : يصح ، لأنه يملك ببعضه الحر ، فلا يتحقق عجزه ، ولهذا يصح البيع لمعسر ، لأن الحرية

---

(١) في الأصل : خير .

مظنة الملك ، وإن لم يملك شيئاً آخر . فلو زاد الثمن[1] على قيمة المبيع ، فالصحيح الصحة ، وبه قطع الجمهور ، لأنه قد يجد من يشتريه بقدر الثمن فيؤدي ذلك . وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه لا يصح البيع والحالة هذه . ولو أسلم إلى مكاتبه عقب الكتابة ، ففي صحته وجهان حكاهما القاضي حسين .

الثاني : أن ينجم نجمين فصاعداً . ومن بعضه رقيق هل يشترط في كتابة الرقيق منه التنجيم ؟ وجهان كالتأجيل ، وهل تجوز الكتابة على مال كثير إلى نجمين قصيرين ، أو إلى طويل وقصير ، بشرط أداء الأكثر في القصير ؟ وجهان . أصحهما : نعم لإمكان القدرة ، كما لو أسلم إلى معسر في مال كثير . والثاني : لا ، لأن النادر كالمعجوز عنه ، كما في السلم ، ويجوز جعل العوض منفعة ، كبناء دار ، وخياطة ، وخدمة شهر ، كما يجوز جعل المنفعة ثمناً وأجرة ومهراً ، ولا يجوز أن يكتفى بخدمة شهر ، أو شهرين ، أو سنة ، ويقدر كل عشرة أيام نجماً ، أو كل شهر ، لأن الجميع نجم واحد ، والمطالبة به ثابتة في الحال . فلو شرط صريحاً كون خدمة شهر نجماً ، وخدمة الشهر بعده نجماً آخر ، لم يصح على الأصح المنصوص في « الأم » لأن منفعة الشهر الثاني متعينة ، والمنافع المتعلقة بالأعيان لا يجوز شرط تأخيرها . ولو انقطع ابتداء المدة الثانية عن آخر الأولى كخدمة رجب ورمضان ، لم يصح بلا خلاف . ثم يشترط أن تتصل الخدمة وغيرها من المنافع المتعلقة بالأعيان بعقد الكتابة ولا تتأخر عنها ، كما

---

(١) في الأصل : ثمن .

أن عين المبيع لايقبل التأجيل وتأخير التسليم • فلو كاتبه في رمضان على خدمة شوال ، لم يصح ، ولو كاتبه على دينار يؤديه في آخر هذا الشهر ، وعلى خدمة الشهر الذي بعده ، لم يصح •

وأما المنافع الملتزمة في الذمة ، كخياطة ثوب معين ، وبناء جدار موصوف ، ودار موصوفة ، فيجوز فيها التأجيل • ولو كاتبه على بناء دارين ، وجعل لكل واحدة منهما وقتاً معلوماً ، صح• ولو قال :كاتبتك على خدمة شهر من الآن ، وعلى دينار بعد انقضائه بيوم أو شهر ، جاز • ولو قال : وعلى دينار عند انقضائه ، فوجهان • وقيل : قولان ، الأصح المنصوص : الجواز ، قالوا : ولا بأس بكون المنفعة حالة[1] لأن التأجيل يشترط لحصول القدرة ، وهو قادر على الاشتغال بالخدمة في الحال ، بخلاف ما لو كاتب على دينارين، أحدهما حال ، والآخر مؤجل، وهذا يبين أن الأجل وإن أطلقوا اشتراطه ، فليس ذلك بشرط في المنفعة التي تقدر على الشروع فيها في الحال • ولو كاتب على خدمة شهر ودينار في أثناء الشهر ، كقوله : ودينار بعد العقد بيوم ، جاز على الأصح • ولو قال : على خدمة شهر من وقت العقد ، وعلى خياطة ثوب موصوف بعد انقضاء الشهر ، فهو كقوله : ودينار بعد انقضاء الشهر• وذكر البغوي أنه يشترط بيان العمل في الخدمة ، قال ابن الصباغ : يكفي إطلاق الخدمة ، لكن لو قال : على منفعة شهر ، لم يصح ، لاختلاف المنافع • وإذا كاتب على خدمة ودينار ، فمرض في الشهر ، وفاتت الخدمة ، انفسخت الكتابة في قدر الخدمة ، وأما الباقي فقيل : تبطل [فيه] قطعاً ، لأنها لاتصح في بعض العبد • وقيل : هو كمن باع عبدين ، فتلف أحدهما قبل القبض ، ففي الباقي طريقان • أحدهما : لاتبطل • والثاني : قولان •

(١) في الأصل : حالا .

فرع

إذا قال لعبده : أعتقتك على أن تخدمني . أو على أن تخدمني أبداً ، فقبل العبد ، عتق في الحال ، ورجع السيد عليه بقيمته • ولو قال : على أن تخدمني شهراً من الآن ، فقبل ، عتق ، وعليه الوفاء ، فإن تعذر بمرض وغيره ، ففيما يرجع عليه السيد به من أجرة مثل الخدمة ، أو قيمة العبد ، قولان ، كالصداق وبدل الخلع إذا تلفا قبل القبض • ولو قال : كاتبتك على أن تخدمني أبداً ، لم يعتق • ولو قال : على أن تخدمني شهراً ، فقبل وخدمه شهرا ، عتق ، ورجع السيد عليه بقيمته ، وهو على السيد بأجرة مثل الخدمة ، لأنها كتابة فاسدة ، وإن خدمه أقل من شهر ، لم يعتق •

الشرط الثالث : بيان قدر العوض ، والأجل ، فيشترط بيان قدر العوض وصفته ، وأقدار الآجال ، وما يؤدى عند حلول كل نجم • فإن كاتب على[1] نقد كفى الإطلاق إن كان في البلد نقد منفرد أو غالب ، وإلا ، فيشترط التبيين • وإن كاتب على عرض ، وصفه بالصفات المشترطة في المسلم ، وإن كاتب على ثوب موصوف على أن يؤدي نصفه بعد سنة ، ونصفه بعد سنة ، ونصفه الآخر بعد انقضاء سنتين ، لم يصح لأنه إذا سلم النصف في السنة الأولى ، تعين النصف الثاني للثانية ، والمعين لايجوز شرط الأجل فيه ، ولا يشترط تساوي الآجال ، ولا الأقدار المؤداة في آخر الآجال • ولو كاتبه على مائة على أن يؤدي نصفها أو ثلثها عند[1] انقضاء خمس ، والباقي عند تمام العشر ، أو على أن يؤدي عند تمام

---

(١) في الأصل : عن .

كل سنة عشرة ، جاز . ولو قال : تؤدي بعضها عند انقضاء نصف المدة، والباقي عند تمامها ، لم يجز . ولو قال : تؤديها في عشر سنين ، لم يجز على الصحيح . وقيل : يجوز ويوزع المال على عدد السنين . ولو قال : في كل شهر كذا ، وفي سنة كذا ، فهل هو مجهول ، أم يحمل على [أول الشهر والسنة ؟ وجهان ، كنظيره في السلم ، وكذا لو قال : في يوم كذا . ولو قال : في وسط السنة ، فهل هو مجهول، أم يحمل على] نصفها ، لأنه الوسط الحقيقي ؟ وجهان . ولو قال : تؤديها إلى عشر سنين ، لم يجز ، لأنه كتابة إلى أجل واحد . ولو قال : كاتبتك على مائة تؤديها إلى ثلاثة أشهر ، قسط كل شهر عند انقضائه ، جوزه ابن سريج ، ومنعه ابن أبي هريرة وغيره إذا لم يعلم حصة كل شهر . ولو كاتب على دينار إلى شهر ، وديناران إلى شهر على أنه إذا [أدى] الأول . عتق . ويؤدي الدينارين بعد العتق ، ففي صحة الكتابة القولان فيما إذا جمعت الصفقة[1] عقدين مختلفين .

فرع

هل يشترط بيان موضع تسليم النجوم ؟ ذكر ابن كج أن فيه الخلاف المذكور في السلم ، وذكر خلافاً في أنه لو عين موضع ، فخرب، هل يسلم فيه ، أم في أقرب المواضع إليه .

فرع

لو كاتب على مال الغير . فسدت الكتابة ، فإن أذن رب المال في أن يعطيه لسيده فأعطاه . عتق ، وإن أعطاه بغير إذن المالك ، لم يعتق ، بخلاف ما إذا قال : إن أديت إلي هذا فأنت حر ، فإنه إذا أداه ، عتق ،

(١) في الأصل : الصفقة .

وإن كان مستحقاً،لأن ذلك محض تعليق ، وهذه كتابة تقتضي التمليك ؛ فإذا وجد إذن المالك ، وجد ما يقتضي الملك ، لكن يجب الرد والرجوع إلى القيمة لفساد الكتابة .

فرع

إذا شرط أن يشتري أحدهما من الآخر ، فسدت الكتابة . ولو كاتبه وباعه شيئاً بعوض واحد ، كقوله : كاتبتك وبعتك هذا الثوب بمائة إلى شهرين ، تؤدي نصفها في آخر كل شهر ، فإذا أديت فأنت حر ، فقال : قبلت الكتابة والبيع ، أو البيع والكتابة ؛ أو قبلتهما ؛ فطريقان . أحدهما : على القولين فيمن جمع بين عقدين مختلفي الحكم؛ ففي قول : يصحان ، وفي قول : يبطلان . والثاني وهو المذهب : يبطل البيع ، وفي الكتابة قولا تفريق الصفقة ، فإن صححناها وهو الأظهر ؛ فيصح بجميع العوض في قول ، وبالقسط على الأظهر ؛ فيوزع ما سماه على قيمة العبد وقيمة الثوب ، فما خص العبد ، لزمه في النجمين ، فإذا أداه ، عتق . وإن قلنا : فاسدة ؛ لم يعتق حتى يؤدي جميع المال ليحقق الصفة ثم يتراجعان . قال الصيدلاني : ويحتمل أن يخرج قول : انه إذا أدى مايخص[1] قيمته ، عتق ثم يتراجعان .

فرع

كاتب ثلاثة أعبد صفقة ، فقال : كاتبتكم[2] على ألف إلى وقتي كذا وكذا ، فإذا أديتم ، فأنتم أحرار ، فالنص صحة الكتابة . ولو

---

(١) في الأصل : ما يخصه .
(٢) في الأصل : كاتبت .

اشترى رجل ثلاثة أعبد ، كل عبد لرجل من ملاكهم صفقـة ، فالنص بطلان البيع • ولو نكح نسوة ، أو خالعهن على عوض واحد ، ففي صحة المسمى قولان منصوصان • وقد سبق ذكر هذه الصورة ومـا فيها من الطرق في كتاب الصداق . فإن أفسدنا هذه الكتابة ، فـأدوا المال ، عتقوا بالتعليق ، وإن أدى بعضهم حصته ، فهل يعتق ؟ وجهـان أو قولان • أصحهما : لا ، لعدم كمال الصفة ، كما لو قال : إن دخلتم الدار ، فأنتم أحرار ، فدخل بعضهم ، لايعتق • والثـاني : نعم ، لأن العتق في الكتابة الفاسدة ، محمول على المعاوضة ، ولهذا يتراجعان • ومقتضى المعاوضة أن يعتق كل واحد بأداء حصته ، ثم من عتق رجع على السيد بقيمته يوم العتق ، لأن سلطة السيد باقية إلى يوم العتق ، لتمكنه من فسخ الكتابة الفاسدة ، وإن صححنا الكتابة ، وهوالمذهب، وزع[1] المسمى عليهم • ثم المذهب توزيعه على قيمتهم لا على عددهم، ثم كل عبد يؤدي حصته مـن[2] النجمين ، فإذا أداها ، عتـق ، ولا يتوقف عتقه على أداء غيره • وإن مات بعضهم ، أو عجز ، فهو رقيق، ويعتق غيره بالأداء ، ولا يقال : علق بأدائهم ، لأن الكتابة الصحيحة يغلب فيها حكم المعاوضة . ولهذا إذا أبرأ السيد المكاتب ، عتق ، وإذا مات . لم تبطل الكتابة ، بخلاف التعليقات •

الركن الثالث : السيد ، وشرطه : كونه مختاراً ، مكلفاً ، أهـلاً للتبرع . فلا تصح كتابة صبي ومجنون ، ولا إعتاقهما على مال ، ولو أذن فيه الولي•ولا كتابة وليهما أباً كان أو غيره ،ولا إعتاقه عبدهما

---

(١) في الأصل : وسع .
(٢) في الأصل : في .

بسال . فلو أدى العبد إلى الولي ما كاتبه عليه ، لم يعتق لبطلان التعليق ، ولا تصح كتابة محجور عليه بسفه ، ولا يحصل العتق بتسليم المال إليه ، لا في الحجر ولا بعد ارتفاعه . وحكى الفوراني خلافاً فيما لو سلم المال إليه في حال الحجر ثم ارتفع حجره ، أنه هل يعتق بالتسليم السابق ؟ والمذهب الأول .

فرع

المريض إذا كاتب في مرض موته ، اعتبرت قيمة العبد من الثلث . وإن كاتبه على أكثر منها ، ثم إن كان يملك عند الموت مثلي قيمته . صحت الكتابة ، وإن لم يملك غيره ، وأدى في حياة السيد ، فإن كان كاتبه على مثلي قيمته ، عتق كله ، لأنه يبقى للورثة مثلاه . وإن كان كاتبه على مثل قيمته ، عتق ثلثاه[1] . وإن كاتبه على مثل قيمته ، وأدى[2] نصف النجوم ، صحت الكتابة في نصفه . أما إذا لم يؤد شيئاً حتى مات السيد ، ولم تجز الورثة مازاد على الثلث فثلثه مكاتب ، فإذا أدى حصته من النجوم ، عتق . وهل يزاد في الكتابة بقدر نصف ماأدى . وهو سدس العبد ؟ وجهان ، الأصح المنصوص : لا . لأن الكتابة بطلت في الثلثين ، فلا تعود ، والثاني نعم ، كما لو ظهر للميت دفين . أو نصب[3] شبكة في الحياة ، فيعقل بها صيد بعد الموت . فإنه يزاد في الكتابة . فإن قلنا : يزاد ، وكان الأداء بعد حلول النجم ، فهل يلزمه حصة السدس من النجوم في الحال ، أم يضرب له مثل المدة التي

---

(١) في الأصل : ثلثا .
(٢) في الأصل : من أدى .
(٣) في الأصل : ونصب .

ضربها الميت أولاً ؟ وجهان بناء على ما إذا حبس السيد المكاتب مده، فإذا زيدت[1] الكتابة بقدر السدس، فأدى نجومه، يزداد نصف السدس، وهكذا يزاد نصف ما يؤدي مرة بعد أخرى إلى أن ينتهي إلى ما لا يقبل التنصيف. وإن قلنا لا يزاد [2] في الكتابة، فالباقي قن، ولا يخرج على الخلاف فيما لو كاتب نصيبه من مشترك، فإن ذاك ابتداء كتابة، وهنا وردت الكتابة على الجميع، ثم دعت ضرورة إلى إبطال البعض. وحكى ابن كج عن بعضهم تخريج صحة الكتابة في الثلث على كتابة المشترك. أما إذا أجاز الورثة الكتابة في جميعه، فيصح في جميعه، فإذا عتق بالأداء، فولاء الجميع للمورث إن قلنا: إجازتهم تنفيذ، وإن قلنا: ابتداء عطية، فولاء الثلث للمورث والثلثين[3] لهم على قدر مواريثهم. وإن أجازوا بعض الثلثين، فإن قلنا: إجازتهم تنفيذ، صحت فيما أجازوا، وحكم الباقي ما سبق. وإن قلنا: عطية، فهو على الخلاف في تبعيض الكتابة. ولو كان عبدان قيمتهما سواء، لا مال له غيرهما، وكاتب في مرض موته أحدهما، وباع الآخر نسيئة، نظر، إن حصل الثمن والنجوم في حياته، فالكتابة والبيع صحيحان، وإن لم يحصل حتى مات السيد، ولم تجز الورثة ما زاد على الثلث، صحت الكتابة في ثلث هذا، والبيع في ثلث ذاك، فإذا حصلت نجوم الثلث، وثمن الثلث، فهل يزاد في الكتابة والبيع؟ فيه الوجهان. إن قلنا: نعم، يقع فيهما جميعاً، وصححت الكتابة في نصف سدس، وكذا البيع، وإن حصلت نجوم الثلث وثمن الثلث معاً، صحح كل واحد منهما في السدس. ولو كاتبه في الصحة، ثم أبرأه عن النجوم في المرض، أو

---

(١) في الأصل: ارتدت.
(٢) في الأصل يزداد.
(٣) في الأصل: في الثلثين.

قال : وضعت عنه النجوم ، أو أعتقته ، فإن خرج من الثلث ، عتق كله . وإن لم يكن له مال سواه ، فإن اختار العجز ، عتق ثلثه ، ورق ثلثاه ، وإن اختار بقاء الكتابة ، فإن كانت النجوم مثل القيمة ، فالأصح أنه يعتق ثلثه ، وتبقى الكتابة في الثلثين . والثاني : لا يعتق ثلثه حتى يسلم للورثة ثلثاه[1] ، إما بأداء نجوم الثلثين ، وإما بالعجز . وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت ، اعتبر خروج الأقل منهما من الثلث . وقد ذكرنا جميع هذا ووجوهه وطرق حسابه في الوصايا. ولو أوصى بإعتاق مكاتبه ، أو إبرائه ، أو وضع النجوم عنه ، نظر ، أيخرج من الثلث . أم لا ؟ ويكون الحكم كما لو أعتقه السيد أو أبرأه ، إلا أنه يحتاج إلى إنشاء عتق وإبراء بعد موت السيد . ولو كاتب في صحته ، وقبض النجوم في مرض موته ، أو قبضها وارثه بعد موته ، صح القبض . وكانت الكتابة من رأس المال ، كما لو باع بمحاباة في الصحة ، وقبض الثمن في المرض . ولو أقر في المرض أنه قبض النجوم في الصحة أو في المرض ، قبل إقراره ، وكان الاعتبار من رأس المال ، لأنه أقر بما يقدر على إنشائه ، ولأن الإقرار لغير الوارث يستوي فيه الصحة والمرض.

فصل

لا يشترط لصحة الكتابة إسلام السيد ، بل تصح كتابة الكافر كإعتاقه . وفي كتابة المرتد خمسة أقوال منصوصة ومخرجة ، أظهرها : البطلان . والثاني : تصح . والثالث : موقوف على إسلامه . والرابع : يصح قبل الحجر عليه . وإن قلنا : يصير محجوراً عليه بنفس الردة . والخامس : يصح قبل أن يصير عليه حجراً ، إما بنفس الردة ، وإما

---

(١) في الأصل : ثلثه .

بحجر القاضي ، فإذا صححناها ، ولم نحجر عليه ، وقلنا : لايصير محجوراً عليه بالردة ، فدفع المكاتب النجوم إليه ، عتق ، وكان له الولاء ، ويملك النجوم ، لأنا حكمنا ببقاء ملكه على هذا القول . وإن أبطلناها ، لم يصح الأداء ، ولا يعتق . وإن قلنا : موقوف ، فالأداء موقوف ، فإن مات مرتداً بان بطلانها ، وكان العبد قناً ، وإن صار محجوراً عليه بنفس الردة ، أو بحجر القاضي ، فإن أبطلناها ، فعلى ما ذكرنا إذا لم يكن حجر ، وإن صححناها ، أو توقفنا ، لم يجز دفع النجوم إليه ، لأن المحجور عليه لا يصح قبضه ، بل يجب دفعه إلى الحاكم ، فإن دفعها إلى المرتد ، لم يعتق ، ويستردها ويدفعها إلى الحاكم ، فإن تلفت وتعذر الاسترداد ، فإن كان معه ما يفي بالنجوم ، ودفعه إلى الحاكم ، فذاك ، وإلا فله تعجيزه . ثم إن مات السيد على الردة بعد ما عجزه ، فهو رقيق ، وإن أسلم ، فهل يكفي التعجيز[1] ؟ قولان أو وجهان . أظهرهما وهو نصه في « المختصر » : نعم ، لأن المنع من التسليم إليه كان لحق المسلمين ، فإذا أسلم ، صار الحق له ، فيعتمد بقبضه . فعلى هذا يعتق إن كان دفع إليه كل النجوم . وقيل : لا يعتق ، ولا ينقلب القبض الممنوع منه صحيحاً ، لكن يبقى مكاتباً ، فيستأنف الأداء ، ويمهل مدة الردة ، والصحيح المعروف : الأول . ولو كاتب مسلم عبده ، ثم ارتد السيد لم تبطل الكتابة ، كما لايبطل بيعه ، لكن لايجوز دفع النجوم إليه إن قلنا : زال ملكه ، وصار محجوراً عليه ، فإن دفعها إليه ، فعلى ما ذكرناه .

فرع

يجوز أن يكاتب عبده المرتد ، كما يجوز بيعه وتدبيره وإعتاقه ،

(١) في الأصل : للتعجيز .

ثم إن أدى النجوم في ردته من أكسابه ، أو تبرع بأدائها غيره ، عتق ، ثم جرى عليه حكم المرتدين ، وإن لم يؤدها ، وعاد إلى الإسلام ، بقي مكاتباً ، وإن لم يسلم ، قتل ، وكان ما في يده لسيده . وإن ارتد مكاتب ، لم تبطل كتابته ، فإن هلك على الردة ، كان ما في يده لسيده ، وارتفعت الكتابة . قال في « الأم » : ولا أجيز كتابة السيد المرتد ، والعبد المرتد ، إلا على ما أجيز عليه كتابة المسلمين ، بخلاف الكافرين الأصليين يتركان على مايستحلان ، مالم يتحاكما إلينا . قال : ولولحق السيد بعد ردته بدار الحرب ،ووقف الحاكم ماله ، تتأدى كتابة مكاتبه، فإن عجز رده إلى الرق فإن عجزه ثم جاء سيده ، فالتعجيز ماض ، ويكون رقيقاً له ، فإن أسلم السيد ، ففي الاعتداد بما دفعه إليه ما سبق .

فرع

تصح كتابة الذمي كتابيا كان أو مجوسياً ، وكتابة المستأمن ، هذا إذا كاتبوا على شرائط شرعنا[1] ، فإن كاتب ذمي على خمر أو خنزير ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فإن كان ذلك قبل العوض المسمى ، فالعتق[2] حاصل ، ولا رجوع للسيد على العبد ، وإن كان قبل القبض، حكمنا بفسادها وإبطالها ، فإن وجد القبض بعد ذلك ، لم يحصل العتق ، لأنه لا أثر للكتابة الفاسدة بعد الفسخ والإبطال . وإن قبض بعد الإسلام ، ثم ترافعا ، حصل العتق ، لوجود الصفة ، ويرجع السيد على المكاتب بقيمته ، ولا يرجع المكاتب على السيد بشيء للخمر والخنزير . ولو كان المسمى له قيمة ، رجع ، وإن قبض بعض المسمى في الشرك ، ثم أسلما ، أو ترافعا إلينا ، حكم ببطلان الكتابة ، فلو

---

(١) في الأصل : شرعناها .
(٢) في الأصل : بالعتق .

اتفق قبض الباقي بعد الإسلام وقبل إبطالها ، حصل العتق ، ورجع السيد عليه بجميع قيمته ، ولا يوزع على المقبوض والباقي ، لأن العتق يتعلق بالنجم الأخير ، وقد وجد في الإسلام . ولو أسلم عبد لذمي ، أو اشترى[1] مسلماً ، وصححنا شراءه ، وأمرنا بإزالة الملك عنه ، فكاتبه ، صحت[2] الكتابة على الأظهر ، لأن فيه نظراً للعبد ، فإن عجز ، أمر بإزالة الملك . وإن قلنا : لا يصح ، أمر بإزالة الملك في الحال ، فإن أدى النجوم قبل الإزالة ، عتق بحكم الكتابة الفاسدة . ولو كاتب ذمي عبده ، فأسلم المكاتب ، لم ترتفع الكتابة على المذهب ، لقوة الدوام .

فرع

تصح كتابة الحربي[3] ، لأنه مالك ، فإن قهره سيده بعد الكتابة ، ارتفعت ، وصار قناً . ولو قهر سيده ، صار حراً ، وعاد السيد عبداً له ، لأن الدار دار قهر ، وكذا لو قهر حر حراً هناك ، بخلاف مالو دخل السيد ، والمكاتب دار الإسلام بأمان ، ثم قهر أحدهما الآخر ، لايملكه ، لأن الدار دار حق وإنصاف . ولو خرج المكاتب إلينا مسلماً هارباً من سيده ، ارتفعت الكتابة ، وصار حراً ، لأنه قهره على نفسه ، فزال ملكه عنه . وإن خرج غير مسلم ، نظر ، إن خرج بإذنه وأماننا ، لتجارة وغيرها ، استمرت الكتابة ، وإن خرج هارباً ، بطلت ، وصار حراً . ثم لايسكن من الإقامة عندنا إلا بالجزية ، فإن لم يقبل ، أو كان ممن

(١) في الأصل : واشترى .
(٢) في الأصل : صحة .
(٣) في الأصل : الحرب .

لايقر بالجزية ، ألحق بمأمنه ، وإن جاءنا السيد مسلمـاً ، لم يتعرض لمكاتبه هناك ، وإن دخل بأمان مع المكاتب ، ولم يقهر أحدهما الآخر ، وأراد العود إلى دار الحرب ، وكاتبه بعد ما دخلا ، وأراد العود ، فلم يوافقه المكاتب ، لم يكن له أن يحمله قهراً[1] ، كما لا يسافر المسلم بمكاتبه ، بل يوكل من يقبض النجوم ، فإن أراد أن يقيـم ، طولب بالجزية ، ثم إن عتق المكاتب [طولب بالجزية] أو رد إلى المأمن ، وإن عجز نفسه ، عاد قناً للسيد • قال ابن الصباغ : ويبقى الأمان فيـه ، وإن انتقض في نفس سيده بعوده ، لأن المال ينفرد[2] بالأمان • ولهذا لو بعث الحربي ماله إلى دار الإسلام بأمان ، ثبت الأمان للمال دون صاحبه ، ويجيء فيه الخلاف السابق في السيد ، فيمن رجـع وخلف عندنا مالاً • ولو مات السيد في دار الإسلام ، أو بعد العود إلى دار الحرب ، ففي مال الكتابة قولان • أظهرهما : يبقى الأمان فيه ، فيرسل إلى ورثته ، لأنه لاخلاف أنهم ورثوه ، ومن ورث مالاً ، ورثه بحقوقه ، كالرهن والضمين • والثاني : يبطل الأمان فيه ، ويكون قناً ، لأنه مال كافر لا أمان له • وإن سبي السيد بعد رجوعه إلى دار الحرب ، نظر ، إن من عليه أو فدي ، أخذ النجوم ، وهما بما جرى في أمان مادام في دار الإسلام ، فإن رجع انتقض الأمان فيه • وفي المال إن تركه عندنا ما سبق ، وإن استرق ، زال ملكه • وفي مال الكتابة طريقان • أحدهما : قولان ، كالموت • والثاني : لايبطل قطعاً ، لأنه ينتظر عتقه ومصيره مالكاً ، بخلاف الميت • وأما ولاء هذا المكاتب ، فإن عتق قبل استرقاق السيد ، فطريقان ، أحدهما : أن الولاء كالمال ، فإن جعلنـاه فيئاً ، فالولاء لأهل الفيء ، وإن توقفنا ، فكذلك نتوقف في الولاء • والثاني

---

(١) في الأصل : فهنا .
(٢) في الأصل : يفرد .

وهو المذهب : أنه يسقط ولاؤه ؛ لأن الولاء لايورث ، ولا ينتقل من شخص إلى شخص . وإن استرق السيد قبل عتق المكاتب ، فإن جعلنا ما في ذمته فيئاً، فادعى عتق بدفعه إلى المكاتب[1]، ففي الولاء وجهان. وإن قلنا : موقوف ، فإن عتق السيد ، دفع المكاتب المال إليه ، وكان له الولاء ، وإن مات رقيقاً ، وصار المال فيئاً ، ففي الولاء الوجهان . ولو قال المكاتب في مدة التوقف : انصبوا من يقبض المال لأعتق . أجيب إليه ، وإذا عتق ، فليكن في الخلاف . وقيل : يبنى على أن مكاتب المكاتب إذا عتق تفريعاً على صحة كتابته ، يكون ولاؤه لسيد المكاتب ، أو يوقف على عتق المكاتب . وفيه قولان . إن قلنا بالأول ، فالولاء هنا لأهل الفيء ، وإن قلنا بالثاني ، فيوقف . قال الروياني : الأصح عند الأصحاب أنه يوقف المال ، والولاء ، فإن عتق ، فهما له ، وإن مات رقيقاً ، فالمال فيء ، ويسقط الولاء .

فرع

كاتب مسلم عبداً كافراً في دار الإسلام أو الحرب ، صح ، فإن عتق ، لم يمكن من الإقامة بدارنا إلا بجزية ، فإن كاتب بدار الحرب ، فأسر ، لم تبطل كتابته ، لأنه في أمان سيده . ولو استولى الكفار على مكاتب مسلم، لم تبطل كتابته، وكذا لم يبطل التدبير والاستيلاد، فإذا استنقذ المسلمون مكاتبه ، فهل يحسب عليه مدة الأسر من أجل[2] مال الكتابة ؟ طريقان . أحدهما : كما لو حبسه السيد ، والمذهب القطع بالاحتساب ، لعدم تقصير السيد . وهل للسيد الفسخ بالتعجيز وهو الأسر ؟ إن قلنا : يحسب ، فله ذلك . ثم هل يفسخ بنفسه كما لو

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : فإذا عتق بدفعه . وفي النسخة الأخرى : فادى عتق بدفعه .....

(٢) في الأصل : من أصل .

حضر المكاتب ، أو يرفع الأمر إلى القاضي ليبحث هل له مال ؟ وجهان. أظهرهما : الأول . فإذا فسخت ، وخلص ، وأقام بينة أنه كان له من[1] المال ما يكفي بالكتابة ، بطل الفسخ ، وأدى المال وعتق .

الركن الرابع : المكاتب ، وشرطه كونه مكلفاً مختاراً ، فلا تصح كتابة مجنون ، ولا صبي وإن كان مميزاً ، ولا مكره . ولو كاتب البالغ لنفسه ولأولاده الصغار ، لم يصح لهم . وفي صحتها لنفسه قولا تفريق الصفقة . ولو كاتب عبده الصغير أو المجنون وقال في كتابته : إذا أديت كذا فأنت حر ، فوجدت الصفة ، عتق ، هكذا قال الأصحاب، وفيه احتمال للإمام . ثم قيل : يعتق بحكم كتابة فاسدة ، لأنه لم يرض بعتقه إلا بعوض . فعلى هذا يرجع السيد عليه بقيمته ، ويرجع هو على السيد بما دفع ، والصحيح الذي عليه الجمهور أنه يعتق بمجرد الصفة ، وليس لما جرى حكم الكتابة الفاسدة في التراجع ولا غيره ، ولا تصح كتابة عبد مرهون ، لأنه مرصد للبيع ، ولا مستأجر ، لأنه مستحق المنفعة، وتصح كتابة المعلق عتقه بصفة، والمدبر، والمستولدة. وفي المستولدة وجه . ولو قبل الكتابة من السيد أجنبي على أن يؤدي عن العبد كذا في نجمين ، فإذا أداها ، عتق العبد ، فهل يصح ؟ وجهان. أحدهما : نعم ، كخلع الأجنبي . والثاني : لا ، لمخالفة موضوع الباب، فإن صححناها ، فهل تجوز حالة ؟ وجهان . وإن لم نصححها ، فأدى عتق العبد بالصفة ، ويرجع المؤدي على السيد بما أدى ، والسيد عليه بقيمة العبد .

---

(١) في الأصل : مل .

قلت : الأصح أنها لا تصح . والله أعلم

فصل

إذا كاتب بعض عبده ، إن كان باقيه حراً ، صحت الكتابة . لأنها استغرقت الرقيق منه ، فإن كاتب جميعه والحالة هذه . بطلت في الحر منه . وفي الباقي قولا تفريق الصفقة ، وكذا لو كان يعتقد الرق في جميعه ، فبان بعضه حراً ، فإن قلنا : تفسد ، لم يعتق حتى يؤدي جميع المسمى ، لتتحقق الصفة، فإذا عتق ، استرد من السيد ما أدى . وللسيد قسط القدر الذي كاتبه من القيمة . وإن قلنا : يصح ، فهل يستحق جميع المسمى ، أم قسط الرقيق من القيمة ؟ قولان ، كالبيع إذا أجازه في المملوك . أما إذا كاتب بعض عبد ، وباقيه [رقيق] . فللرقيق حالان . أحدهما : أن يكون له أيضاً ، فلا تصح كتابته على المذهب والمنصوص. وبه قطع الجمهور . فإن صححنا ، وكان بينه وبين السيد مهايأة . وكسب النجوم في نوبته ، فأداها ، عتق القدر الذي كاتبه وسرى إلى الباقي . وإن لم تكن مهايأة ، فكسبه بينهما . فإن كسب ما يفي بقسط السيد والنجوم ، عتق . وإن لم يكسب إلا قدر النجوم ، ففي العتق خلاف سنذكر نظيره إن شاء الله تعالى . وإن لم نصححها ، فهي كتابة فاسدة ، فإن أدى المال قبل أن يفسخها السيد ، عتق . والسراية كما ذكرنا . ثم يرجع المكاتب على السيد بما أدى . ويرجع السيد عليه بقسط القدر المكاتب من القيمة ، ولا[1] يرجع بقسط ماسرى العتق إليه . لأنه لم يعتق بحكم الكتابة .

---

(1) في الأصل : فلا .

الحال الثاني : أن يكون الباقي لغيره ، فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه ، إن كان بإذن الآخر ، فقولان أظهرهما : لايصح ، لأن الشريك الآخر يمنعه من التردد والمسافرة ، ولا يمكن أن يصرف إليه سهم المكاتبين من الزكاة • والثاني : يصح ، كما يصح إعتاق بعضه • وإن كاتبه بغير إذن الآخر ، لم يصح على المذهب • وقيل بطرد الخلاف • فإن أفسدنا كتابة الشريك ، فللسيد إبطالها ، فإن لم يفعل ، ودفع العبد إلى الذي لم يكاتبه بعض كسبه ، وإلى الذي كاتب بعضه بحسب الملك حتى أدى مال الكتابة ، عتق ، ويقوم نصيب الشريك على الذي كاتب ، بشرط يساره ، ويرجع العبد عليه بما دفع ، ويرجع هو على العبد بقسط القدر الذي كاتبه من القيمة • وإن دفع جميع ما كسبه إلى الذي كاتبه حتى تم قدر النجوم ، فوجهان ، ونقلهما الصيدلاني قولين أحدهما : يعتق ، لأن العتق في الكتابة الفاسدة يتعلق بحصول الصفة ، وقد حصلت • وأصحهما : لا يعتق ، لأن المعاوضة تقتضي إعطاء ما تملكه[1] لينتفع به المدفوع إليه • وأجري الخلاف فيما لو قال : إن أعطيتني عبداً ، فأنت حر ، فأعطاه عبداً مغصوباً ، هل يحصل العتق ؟ [فإن قلنا : لا يعتق] فللذي لم يكاتب أن يأخذ نصيبه مما أخذه الذي كاتب ، ثم أن أدى العبد تمام النجوم من حصته من الكسب ، عتق ، وإلا فلا • وإن قلنا : يعتق ، فيأخذ نصيبه أيضاً • والتراجع بين الذي كاتب والعبد ، وسراية العتق على ما سبق • وإن صححنا كتابة الشريك ، فدفع العبد من كسبه إلى الذي كاتبه حصته ، أو جرت بينه وبين الذي لم يكاتبه مهايأة ، فدفع ما كسبه في نوبة

---

(١) في الأصل : ما يتملكه .

نفسه إلى الذي كاتبه حتى تست النجوم . عتق . وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً . وكذا لو أبرأه عن النجوم أو أعتقه . وإن دفع إليه كل كسبه حتى تم قدر النجوم . فقيل : في حصول العتق وجهان أو قولان ؛ كما ذكرنا تفريعاً على الفساد . والمذهب القطع بالمنع ؛ لأن الكتابة إذا صحت . غلب فيها حكم العارضات . وفي العارضات تسلم غير المملوك كعدمه ؛ وأما الفاسدة . فالمغلب فيها حكم الصفة .

فرع

أذن الشريك في كتابة نصيبه . فله أن يرجع عن الإذن . فإن لم يعلم الشريك برجوعه حتى كاتب . فعلى الخلاف في تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم به . ولو كاتب نصيبه بإذن الشريك . وجوزناه . فأراد الآخر كتابة نصيبه : هل يحتاج إلى إذن الأول ؟ وجهان .

فرع

كاتب أحدهما نصيبه ؛ وقال للآخر : كاتبته بإذنك . فأنكر . فإن قال مع ذلك : قد أدى المال ؛ عتق بإقراره . وقوم عليه نصيب الشريك إن كان موسراً . وإن لم يقر بالأداء ؛ فالقول قول المنكر بيمينه . فإن حلف ؛ بطلت الكتابة ؛ وإن نكل . حلف الذي كاتب . فإن نكل . حلف العبد . هكذا حكاه ابن كج عن ابن القطان . قال : وعنده ينبغي أن يكون هذا التداعي بين الشريك والمكاتب. فإذا ادعى المكاتب الإذن . وأنكر الشريك ؛ صدق . فإن نكل . حلف المكاتب . وثبتت الكتابة .

فرع

إذا كاتب الشريكان العبد معاً ، أو وكلا من كاتبه ، أو وكل أحدهما الآخر فكاتبه ، صحت الكتابة قطعاً إن اتفقت النجوم جنساً وأجلاً وعدداً . وجعلا حصة كل واحد من النجوم بحسب اشتراكهم في العبد . أو أطلقا ، فإنها تقسم كذلك • وإن اختلفت النجوم في الجنس . أو قدر الأجل ، أو العدد ، أو شرط التساوي في النجوم مع التساوي في الملك ، أو بالعكس ، ففي صحة كتابتهما القولان فيما إذا انفرد أحدهما بكتابة نصيبه بإذن الآخر • وقيل : تبطل قطعاً ، فلا يشترط استواء ملك الشريكين في الذي تكاتبا فيه • وقيل : يشترط ، وليس بشيء •

فرع

من بعضه رقيق . لايجوز صرف الزكاة إليه للقدر المكاتب منه على الصحيح أو المشهور . وحكي وجه وقول . ومال الروياني إلى تفصيل حسن . وهو أنه إن لم يكن بينهما مهايأة لايجوز . وإلا فيجوز في يوم نفسه •

فرع

إذا كاتباه . ثم عجز . فعجزه أحدهما . وفسخ الكتابة . وأراد الآخر إنظاره وإبقاء الكتابة . فالمذهب أنه كابتداء الكتابة . فلا يجوز بغير إذن الشريك على المذهب . ولا بإذنه على الأظهر • ومنهم من قطع بالجواز بالإذن . لأن الدوام أقوى من الابتداء • وهل يكون التوافق على ابتداء الكتابة إذناً في ابقائها ؟ وجهان • أحدهما : نعم . لأنهما

إذا توافقا فقد رضيا بأحكامها . ومن أحكامها جواز الإنظار عن العجز . وأصحهما : المنع ، وجعل الإرقاق ناقضاً[1] لما جرى به الإذن. ولو كاتب رجل عبده ، ومات عن ابنين ، وعجز المكاتب ، فأرقه أحدهما، وأراد الآخر إنظاره ، ففيه الطريقان ، وأولى بالإبقاء[2] . لأنها صدرت أولاً من واحد ، فيصير كأنه كاتب بعض عبده .

فصل

قد ذكرنا الكتابة الصحيحة بأركانها وشروطها . فأما التي لا تصح، فتنقسم إلى باطلة وفاسدة .

أما الباطلة ، فهي التي اختل بعض أركانها ، بأن كان السيد صبياً ، أو مجنوناً ، أو مكرهاً على الكتابة ، أو كان العبد كذلك ، أو كاتب ولي الصبي والمجنون عبدهما ، أو لم يجر ذكر عوض ، أو ذكر مالا يقصد ، ولا مالية فيه ، كالحشرات ، والدم ، أو اختلت الصيغة ، بأن فقد الإيجاب أو القبول ، أو لم يوافق أحدهما الآخر .

وأما الفاسدة ، فهي التي اختلت صحتها لشرط فاسد[3] في العوض ، بأن ذكر خمراً ، أو خنزيراً ، أو مجهولاً ، أو لم يؤجله ، أو لم ينجمه ، أو كاتب بعض العبد . وضبطها الإمام[4] فقال : إذا صدرت الكتابة إيجاباً وقبولاً ممن تصح عبارته ، وظهر اشتمالها المالية ، لكنها لم تجمع شرائط الصحة، فهي الكتابة الفاسدة، وجعل الصيدلاني الكتابة على دم[5] أو ميتة كتابة فاسدة ، كالكتابة على خمر .

---

(١) في الأصل : تابعاً .

(٢) في هامش الأصل وإحدى نسخ الظاهرية : المنع .

(٣) في الأصل : خامس .

(٤) في الأصل : للإمام .

(٥) في الأصل : عدم .

إذا عرف هذا ، فالكتابة الباطلة لاغية . إلا أنه إذا صرح بالتعليق، وهو ممن يصح تعليقه ، ثبت[1] حكم التعليق .

وأما الفاسدة ، فإنها تشارك الصحيحة في بعض الأحكام . كما سنذكره على الأثر إن شاء الله تعالى بخلاف البيع وغيره من العقود . لايفرق بين فاسدها وصحيحها ، لأن مقصود الكتابة العتق . وهو لا يبطل بالتعليق على فاسد . قال الأصحاب : تعليق العتق بالصفة ثلاثة أقسام . أحدها : التعليق الخالي عن المعاوضة . كقوله : إن دخلت الدار . أو كلمت فلاناً ، فأنت حر . ومن هذا : إن أديت إلي كذا فأنت حر . فإن المال ليس مذكوراً على سبيل المعاوضة . فهذا القسم لازم من الجانبين ، فليس للسيد . ولا للعبد[2] ، ولا لهما . رفعه بالقول . ويبطل بموت السيد . وإذا وجدت الصفة في حياة السيد . عتق . وكسبه قبل وجود الصفة للسيد . ولو أبرأه في صورة التعليق بأداء المال عن المال ، لم يعتق ، ولا تراجع بين السيد وبينه .

القسم الثاني : التعليق في عقد يغلب فيه معنى المعاوضة . وهو الكتابة الصحيحة . وستأتي أحكامها إن شاء الله تعالى .

الثالث : التعليق في عقد فيه معنى المعاوضة . ويغلب فيه معنى التعليق . وهو الكتابة الفاسدة . وهي كالصحيحة في أحكام . أحدها: أنه إذا أدى العبد المسمى . عتق بموجب التعليق . ولا يعتق بإبراء السيد . ولا بأداء الغير عنه تبرعاً . لأن الصفة لاتحصل بهما . ولو اعتاض عن المسمى . لم يعتق أيضاً .

---

(١) في الأصل : بين .
(٢) في الأصل : ولا العبد .

الثاني : أنه يستقل بالاكتساب ، فيتردد ويتصرف، فيؤدي المسمى ويعتق . وإذا أدى ، فما فضل من الكسب ، فهو له ، لأن الفاسدة كالصحيحة في حصول العتق بالأداء ، فكذلك في الكسب ، وولد المكاتب من جارية ككسبه ، لكن لايجوز له بيعه ، لأنه مكاتب عليه ، فإذا عتق تبعه ، وعتق عليه . وهل يتبع المكاتبة كتابة فاسدة ولدها ؟ طريقان . المذهب : نعم ، كالكسب . والثاني : قولان ، كما سبق في باب التدبير في ولد المعلق عتقها بصفة .

الثالث : ذكر الإمام والغزالي أنه إذا استقل ، سقطت نفقته عن السيد ، وان معاملته كالمكاتب كتابة صحيحة . والذي ذكره البغوي أنه لاتجوز معاملته مع السيد ، ولا ينفذ تصرفه فيما في يده ، كما في المعلق عتقه بصفة ، ولعل هذا أقوى .

فرع

المكاتب كتابة صحيحة ، هل له السفر بغير إذن السيد ؟ فيه نصان ، فقيل : قولان أظهرهما : الجواز ، لأنه يستعين به على الكسب، ولأنه في يد نفسه ، وعليه دين مؤجل ، فلم يمنع السفر . وقيل : نص الجواز محمول على سفر قصير ، والمنع على طويل . وقيل : الجواز إذا لم يحل النجم ، والمنع إذا حل ، فإن جوزناه ، فهل يجوز للمكاتب كتابة فاسدة ؟ وجهان ، أصحهما : لا .

فرع

تفارق الفاسدة الصحيحة في أمور . أحدها : إذا أدى المسمى في الفاسدة ، وعتق ، رجع على السيد بما أدى ، ورجع السيد عليه بقيمته يوم العتق . وفي قول ضعيف : يرجع بقيمة يوم العقد ، فإن هلك المسمى في يد السيد ، رجع العتيق بثلثه أو قيمته ، فإن كان الواجب

على السيد من جنس القيمة ، بأن كان غالب نقد البلد ، فهو على أقوال التقاص ، وسنذكرها إن شاء الله تعالى • وإذا حصل التقاص وفضل لأحدهما[1] شيء رجع به ، وإنما يثبت التراجع إذا كان المسمى مالاً ، فإن كان خمراً أو نحوه ، لم يرجع العتيق على السيد بشيء ، ويرجع السيد عليه بالقيمة •

الثاني : للسيد فسخ الكتابة الفاسدة ، بخلاف الصحيحة ، ثم إن شاء فسخ بنفسه ، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضي ، ليحكم بإبطالها أو يفسخها ، قال الروياني : وهو كما لو وجد المشتري المبيع معيباً ، له أن يفسخ بنفسه ، وله أن يرفع الأمر إلى القاضي ليفسخ ، ولايبطلها القاضي بغير طلب السيد • وقال ابن سلمة : لا سبيل إلى إبطال الفاسدة بالقول ، لأن العتق فيها يحصل بالتعليق ، والتعليق لايصح إبطاله ، والصحيح الأول ، فإذا فسخها ، أو حكم الحاكم بإبطالها ، ثم أدى المسمى ، لم يعتق ، لأنه إن كان تعليقاً ، فهو في ضمن معاوضته ، فإذا ارتفعت المعاوضة ، ارتفع ما تضمنته من التعليق ، وليشهد السيد على الفسخ ، فإن أدى المسمى ، وقال : أديته قبل الفسخ ، وقال السيد: بل بعده ، صدق العبد ، لأن الأصل عدم الفسخ ، وعلى السيد البينة •

الثالث : إذا أعتق المكاتب كتابة فاسدة ، لاعن جهة الكتابة ، أو باعه ، أو وهبه ، كان فسخاً للكتابة • ولو أعتقه عن كفارة ، أجزأه ، نص عليه في « الأم » قال الشيخ أبو علي : إذا عتق لاعن جهة الكتابة، لايتبعه الكسب والولد ، بخلاف الكتابة الصحيحة ، لأن المكاتب هناك استحق العتق على السيد بعقد لازم ، واستحق استتباع الولد

---

(١) في الأصل : وحصل لأحدهما .

والكسب ، فليس للسيد إبطاله ، وهناك لا استحقاق على السيد، فجعل فاسخاً • قال : وعرضت هذا على القفال ، فاستحسنه ، وأقرني عليه ، ولم ير غيره • وحكى الإمام وجهاً أنه لايجزىء عن الكفارة ، ولايتبعه الولد والكسب ، والصحيح الأول •

الرابع : تبطل الكتابة الفاسدة بموت السيد ، ولا يعتق بالأداء إلى الوارث بعد الموت ، بخلاف الصحيحة ، فإن قال : إن أديت إلى وارثي كذا بعد موتي ، فأنت حر ، عتق بالأداء إليه •

الخامس : لايجب الإيتاء في الفاسدة •

السادس : لو كاتب أمة كتابة فاسدة ، وعجزت عن الأداء ، فأرقها ، أو فسخ الكتابة قبل عجزها ، لم يجب الاستبراء ، بخلاف الصحيحة •

السابع : لو عجل النجوم في الكتابة الفاسدة ، فهل يعتق كالصحيحة ، أم لا ، لأن الصفة لم توجد على وجهها ؟ وجهان •

قلت : أصحهما الثاني • والله أعلم

الثامن : من يلزم السيد فطرة المكاتب كتابة فاسدة •

التاسع : هل يصرف سهم المكاتبين[1] إلى المكاتب كتابة فاسدة ؟ وجهان الأصح المنصوص : المنع •

العاشر : المسافرة ممنوعة في الفاسدة على المذهب ، جائزة في الصحيحة على المذهب ، كما سبق وبالله التوفيق •

---

(١) في الأصل : المكاتب .

الباب الثاني في احكام الكتابة الصحيحة

هي خمسة :

الأول : حصول العتق ، ويتعلق بما يحصل به العتق مسائل .

إحداها : أنه يحصل بأداء كل النجوم ، وكذا بالإبراء . وفي حصوله بالاستبدال عن النجوم خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى . إذا جوزنا الحوالة بالنجوم ، أو عليها ، حصل العتق بنفس الحوالة . ولو أدى بعض النجوم ، أو أبرأه عن بعضها ، لم يعتق شيء منه . بل يتوقف على الجميع ، للحديث الحسن « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » . ولو كاتب عبيداً صفقة واحدة ، فقد سبق أن المذهب صحتها ، وأنه إذا أدى بعضهم حصته ، عتق ، وإن لم يؤد الآخرون شيئاً . ولو كاتب اثنان عبدهما معاً ، فليسو بينهما في الأداء ، ولا يعتق نصيب أحدهما بأداء نصيبه من النجوم ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى. ولو كاتب إنسان عبداً ، ومات ، وخلف ابنين ، فأدى نصيب أحدهما بغير إذن الآخر ، لم يعتق . وإن أدى بإذنه ، ففي عتقه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى .

الثانية : لا تنفسخ الكتابة بجنون السيد ، ولا العبد ، ولا بإغمائهما ، فإن جن السيد ، فعلى المكاتب تسليم النجوم إلى وليه . فإن سلم إليه ، لم يعتق ، لأن قبضه فاسد . ولو تلف في يده ، فلا ضمان ، لتقصيره بالتسليم إليه ، ثم إن لم يكن في يد المكاتب شيء آخر يؤديه ، فللولي تعجيزه . ولو حجر عليه بالسفه ، فهو كالجنون . فلو أدى المكاتب إليه في حال الحجر ، وعجزه الولي ، ثم رفع الحجر عنه ، استمر التعجيز . وقيل : فيه قولان ، كما سبق في المرتد إذا[1]

---

(١) في الأصل : وإذا .

أخذ النجوم ، وعجز الحاكم المكاتب ، ثم أسلم المرتد ، والمذهب الأول، لأن حجر السفه أقوى • ولهذا لا ينفذ تصرفه قطعاً ، بخلاف المرتد في قول ، ولأن حجر السفه لحفظ ماله • فلو حسب عليه ما أخذه ، وأتلفه في حال الحجر ، لم يحصل حفظ المال ، وحجر المرتد لحق المسلمين ، فإذا أسلم ، لم يبق لهم في ماله حق • وأما إذا جن المكاتب ، فأدى في جنونه ، أو أخذه السيد من غير أداء منه ، فيعتق ، لأن قبض النجوم مستحق • ولو أخذها المولى من غير إقباض من المكاتب ، وقع موقعه• هذا المعروف في المذهب • وقال الإمام : إن عسر وصول السيد إلى حقه إلا من جهة قبض ما يصادف ، فله ذلك ، وإن أمكن مراجعة الولي ، فلا وجه لاستبداده بالقبض • فلو استبد ، لم يصح ، وإذا لم يصح ، فلو أقبض المجنون ، لم يكن لإقباضه حكم • وحكى قولاً أو وجهاً أن الكتابة تنفسخ بجنون المكاتب ، والمذهب الأول • هذا في الكتابة الصحيحة ، أما الفاسدة ، فهل تبطل بجنونهما وإغمائهما ؟ فيه أوجه ، أحدهما نعم ، كالشركة ، والثاني : لا ، كالبيع بشرط الخيار ، وأصحها[1] عند الجمهور ، وهو ظاهر النص : تبطل بجنون السيد وإغمائه ، وبالحجر عليه ، لا بجنون العبد وإغمائه ، لأن الحظ[2] في الكتابة للعبد لا للسيد • فإن قلنا : لاتبطل ، فأفاق ، وأدى المسمى، عتق ، وثبت التراجع • قالوا : وكذا لو أخذ السيد في جنونه ،وقالوا: ينصب السيد من يرجع له ، وينبغي أن لايعتق بأخذ السيد هنا • وإن قلنا : يعتق في الكتابة الصحيحة ، لأن المغلب هنا التعليق ، والصفة المعلق عليها بالأداء من العبد ، ولم يوجد • وإن قلنا : يبطل ، فأدى المسمى ، لم يعتق على الأصح ، لأن العتق بالتعليق في الفاسدة يتبعها،

---

(١) في الأصل : وأصحهما .
(٢) في الأصل : لا الخط .

فإذا بطلت ، بطل التعليق ، كما لو فسخها السيد • والثاني : يعتق . فعلى هذا ، قال الإمام : الوجـه القطع بأن لاتراجع . لأن التراجع مقتضى الكتابة [الفاسدة] وقد زالت ، وبقي التعليق المحض • وقيل: يثبت ، قال : ومساقه أن يتبعه الكسب ، وهذا ضعيف •

الثالثة : إذا كاتب الشريكان معاً ، ثم أعتق أحدهما نصيبه. عتق• وهل يسري إلى نصيب الشريك إن كان موسراً ؟ وجهان أو قولان • الصحيح المشهور : يسري • وفي وقت السراية قولان • أحدهما : في الحال ، لئلا تتبعض الحرية • وأظهرهما : لايثبت في الحال ، لأنه قد انعقد سبب الحرية في النصف الآخر ، وفي التعجيل ضرر على السيد . لفوات الولاء ، وبالمكاتب بانقطاع الولد والكسب عنه • فإن قلنا : تتعجل السراية ، فهل تنفسخ الكتابة في نصيب الشريك . أم يسري العتق مع بقاء الكتابة ؟ وجهان • الصحيح وبه قطع الجمهور : تنفسخ. لأن الإعتاق أقوى من الكتابة ، فعلى هذا يعتق كله على الشريك للمعتق ، ويكون له الولاء • والثاني : يسري العتق مع بقاء الكتابة . لئلا يبطل حق الغير ، فعلى هذا ولاء النصف الآخر للشريك ، لاللمعتق حينئذ • وإن قلنا : لاتتعجل السراية ، فأدى نصيب الآخر من النجوم . عتق عن الكتابة ، وكان الولاء بينهما • وإن عجز ، وعاد إلى الرق ثبتت السراية حينئذ ، ويكون الولاء كله للمعتق ، ويجيء الخلاف في أنها ثبتت بنفس العجز ، أم بأداء القيمة ، أم يثبت بأداء القيمة حصول التعليق من وقت العجز ؟ ويجري هذا الخلاف على قولنا بتعجيل السراية • وإن مات قبل الأداء والعجز ، فقد [مات] بعضه رقيقاً وبعضه حراً • وهل يورث ؟ فيه القولان السابقان في الفرائض • ولو أبرأه أحد الشريكين عن نصيبه من النجوم ، فهو كما لو أعتقه، والقول

في السراية . وفي وقتها[1] كما ذكرنا لو أعتق أحدهما نصيبه . ولو قبض أحدهما نصيبه من النجوم برضى صاحبه ، فهل يعتق نصيبه ؟ فيه خلاف سنذكره في الحكم الثاني إن شاء الله تعالى . فإن قلنا : يعتق ، فهو كالإعتاق في السراية ووقتها . قال الإمام : ولا نقول : إنه مجبر على القبض فلا يسري ، لأنه مختار في إنشاء الكتابة التي اقتضت إجباره على القبض ، فهو كما لو قال أحد الشريكين : إذا طلعت الشمس فنصيبي حر ، فإذا طلعت . عتق نصيبه ، وسرى ، لأنه مختار في التعليق . ولو[2] كاتب عبداً ومات عن ابنين ، فعتق أحدهما نصيبه ، وقلنا : يعتق نصيبه على ما سيأتي إن شاء الله تعالى ، لم يسر ، لأنه مجبر على القبض وابتداء الكتابة لم يصدر منه .

فرع

قال العبد لمالكيه وقد كاتباه : قد[3] أعطيتكما النجوم ، وأنكراه ، صدقا باليمين ، وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، عتق نصيب المصدق ، ويصدق المكذب بيمينه . وهل يسري العتق ؟ فيه خلاف سنذكره قريباً إن شاء الله تعالى ، والمذهب : المنع ، والاختلاف في غير النجم الأخير كالاختلاف فيه ، لأن العتق لايحصل بغير الأخير . ولو قال المكاتب لأحدهما : دفعت إليك جميع النجوم لتأخذ نصيبك ، وتدفع نصيب الآخر إليه ، فقال : دفعت إلي نصيبي ، ودفعت نصيب الآخر إليه بنفسك ، وأنكر الآخر القبض ، عتق نصيب المقر ، وصدق في أنه لم يقبض نصيب الآخر بيمينه ، وصدق الآخر في أنه لم يقبض

(١) في الأصل : رقها .
(٢) في الأصل : وكاتب .
(٣) في الأصل : قبل .

نصيبه . ولا حاجة إلى اليمين . لأن المكاتب لايدعي عليه شيئا . ثم يتخير المنكر بين أن يأخذ حصته من النجوم من العبد . وبين أن يأخذ من المقر نصف ما أخذ . لأن كسب المكاتب متعلق حقهما[1] بالشركة . ويأخذ الباقي من العبد . ولا تقبل شهادة المقر عليه . لأنه متهم بدفع المشاركة عنه . وإذا عجز المكاتب عما طالب المنكر به . فله تعجيزه وإرقاق نصيبه . ثم عن نصه في « الاملاء » أنه يقوم ما أرقه على المقر . ونقله ابن سلمة وابن خيران إلى الصورة السابقة وجعلو التقويم عند العجز في الصورتين على قولين . وامتنع الجمهور من نقله إلى تلك الصورة . وفرقوا بأن العبد هنالك يقول : أنا حر كامل الحال[2] فلا يستحق التقويم . وهنا يعترف بأن نصيب المنكر منه لم يعتق . ولو قال المكاتب لأحدهما : دفعت النجوم إليك لتأخذ نصيبك[3] وتدفع نصيب الآخر إليه . كما صورنا . فقال في الجواب : قد فعلت ما أمرت به فأنت عتيق . وأنكر الآخر عتق نصيب المقر . وصدق المنكر بيمينه . فإذا حلف ، بقي نصيبه مكاتباً . وله الخيار بين أخذ حصته من المكاتب . وبين أخذه من المقر لإقراره بأخذها . ومن أيهما أخذ ، عتق نصيبه . ثم إن أخذها من المكاتب . فله الرجوع على المقر . لأنه وإن صدقه في الدفع إلى الشريك ، فإنه كان ينبغي أن يشهد عليه . وإن أخذها من المقر ، فلا رجوع له على المكاتب . لاعترافه بأنه مظلوم . فإذا اختار الرجوع على المكاتب . فلم يأخذ حصته من المقر . ولم يدفعها إلى المنكر ، وعجز نفسه ، فنصفه حر . ونصفه رقيق . فيقوم على المقر ، فيأخذ المنكر منه قيمة النصف ، ويأخذ أيضاً ما أقر بقبضه له ، فإنه كسب النصف الذي كان ملكه .

---

(١) في الأصل : حقها .
(٢) في الأصل : الحلل .
(٣) في الأصل : نصيبي .

الرابعة : كاتب عبداً ومات عن ابنين ، فهما قائمان مقامه في أنهما إذا أعتقاه أو أبرآه عن النجوم ، عتق ، وكذا لو استوفياها . ولو أعتقه أحدهما ، أو أعتق نصيبه ، عتق نصيبه ، وكذا لو أبرأه أحدهما عن نصيبه من النجوم . وقال المزني : لايعتق نصيبه بالإبراء حتى يبرئه الآخر ، أو يستوفي منه ، كما لو كان الأب حياً فأبرأه عن بعض النجوم . وأجاب الأصحاب بأن هناك لم يبرئه عن جميع ماله عليه ، وهنا أبرأه الابن عن جميع ماله عليه ، فصار كأحد الشريكين يبرئه عن نصيبه من النجوم ، وهذا الذي ذكرنا من أنه إذا أعتق الابن نصيبه ، أو أبرأه عن نصيبه ، يعتق ، وهو الذي قطع به الأصحاب . وقال البغوي : مقتضى سياق « المختصر » حصول قولين في عتق نصيبه . أحدهما : العتق ، وأظهرهما : المنع ، بل يوقف ، فإن أدى نصيب الآخر ، عتق كله ، والولاء للأب ، وإن عجز ، فإن كان قد أعتق نصيبه ، عتق الآن نصيبه . ثم إن كان معسراً[1] ، فله ولاء ماعتق ، والباقي قن للآخر ، وإن كان موسراً ، قوم عليه الباقي ، وبطلت كتابة الأب ، وكان ولاء الجميع للابن . وإن كان قد أبرأه عن نصيبه من النجوم ، لم يعتق منه شيء بالعجز ، لأن الكتابة تبطل بالعجز ، والعتق في غير الكتابة لايحصل بالإبراء ، والمذهب ما قدمناه عن الأصحاب . فعلى هذا إن كان الذي أعتق نصيبه ، أو أبرأه معسراً ، بقيت الكتابة في نصيب الآخر ، فإن عجز ، عاد قناً ، وإن أدى ، وعتق ، فولاؤه للأب . وأما ولاء نصيب الأول ، فالأصح أنه للأب أيضاً . وقيل : للابن ، وقيل : إن أعتقه ، فله ، وإن أبرأه ، فللأب . وإن كان موسراً ، فهل يسري العتق إلى نصيب الشريك ؟ إذا قلنا بالأصح ، لأن الكتابة لاتمنع

(١) في الأصل : معسر .

السراية ، فيه قولان ، أحدهما : نعم ، كما لو كاتبه شريكان ، ثم أعتقه أحدهما ، وأظهرهما : لا ، لأن الكتابة السابقة تقتضي حصول العتق بها ، والميت لايقوم عليه ، والابن كالنائب عنه ، فإن قلنا : يسري ، فهل يسري في الحال ، أو عند العجز ؟ قولان كما سبق في الشريكين ، أظهرهما : الثاني ، فإن قلنا يسري في الحال ، فحكى الإمام وجهين في انفساخ الكتابة فيما سرى العتق إليه ، كما حكاهما في صورة الشريكين ، والذي قطع به الجمهور : الانفساخ فيه ، وإثبات ولائه للمعتق ، وفي ولاء النصف الأول وجهان ، أحدهما : للمعتق فقط ؛ لأن نصيب الآخر بقي رقيقاً ، وأصحهما : أنه لهما ، لأنه عتق بحكم كتابة الأب ، فيثبت له الولاء ، وينتقل إليهما بالعصوبة . وإذا قلنا : لا تنفسخ الكتابة فيما سرى إليه ، فولاء الجميع للأب ، وإن قلنا : إن السراية تثبت عند العجز ، فإن أدى نصيب الآخر ، عتق كله ، وولاؤه للأب ، وإن عجز ، فطريقان ، أحدهما : تبطل الكتابة ، ويكون ولاء الجميع له ؛ وأصحهما : أن ولاء ما سرى العتق إليه ، وقوم عليه له . وفي ولاء النصف الأول الوجهان . وقد يختص الوجهان بصورة الإعتاق . وفي صورة الإبراء يكون ولاء النصف للأب ، ينتقل إليهما قطعاً ، أما إذا قلنا : لاسراية ، فنصيب الآخر مكاتب ، كما كان ، فإن عتق بأداء ، أو إعتاق ، أو إبراء ، فولاء الجميع للأب . وإن عجز ، بقي نصيبه رقيقاً . وفي ولاء نصيب الأول الوجهان ، هل هو له ، أم لهما ؟ ولو قبض أحد الابنين نصيبه من النجوم ، إن كان بغير إذن الآخر ، فهو فاسد ، وإن كان بإذنه ، فقولان ، كما سنذكره في الشريكين إن شاء الله تعالى . فإن صححنا ، فقال الإمام : لا سراية بلا خلاف ، لأنه يجبر على القبض . ولا سراية حيث حصل العتق بغير اختيار . وفي « التهذيب » أن القول في عتق نصيبه ، وفي السراية كما ذكرنا فيما

إذا أعتق نصيبه ، أو أبرأ عن نصيبه من النجوم ، بلا[1] فرق . ولمن قال بهذا أن يمنع كونه مجبراً على القبض ، ويقول : له الإعتاق والإبراء، فإن لم يفعلهما ، فيشبه أن يقال : لا يجبر على الانفراد بالقبض ، وإن جوزناه ، لأنه لو عجز عن نصيب الثاني ، قاسم[2] الأول[3] فيما أخذ. فله الامتناع من قبض ما عسى الثاني أن يزاحمه فيه .

فرع

خلف ابنين وعبداً ، فادعى العبد أن أباهما كاتبه ، فإن كذباه ، صدقا بيمينهما على نفي العلم بكتابة الأب ، فإن حلفا ، فذاك ، وإن نكلا ، وحلف العبد اليمين المردودة ، ثبتت[4] الكتابة ، وإن حلف أحدهما دون الآخر ، ثبت الرق في نصيب الحالف ، وترد اليمين في نصيب الناكل ، فإن أقام بينة ، اشترط رجلان ، لأن المقصود الحرية لا المال ، وإن صدقاه ، أو قامت بينة ، فالحكم ما سبق قبل الفرع . وإن صدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، فالمكذب يصدق بيمينه . وأما نصيب المصدق، فالصحيح ثبوت الكتابة فيه ، ولا يضر التبعيض فيه للضرورة . ثم أطلقوا القول بقبول شهادة المصدق على المكذب ، وقال الإمام : شهادته هذه تثبت[5] له حقوقاً ، فإن النجوم موروثة ، فإن شهد بعد الإبراء من النجوم ، فله غرض في السراية ، فإن نفينا السراية ، اتجه القبول ، وإذا حكمنا بأن نصيب المصدق مكاتب ، والآخر قن ، فنصف الكسب له ، يصرف في جهة النجوم ، ونصفه للمكذب . وإن اتفقا على مهايأة ،

---

(1) في الأصل : فلا فرق .
(2) في إحدى نسخ الظاهرية : فأقسم .
(3) في الأصل : للأول .
(4) في الأصل : وثبتت .
(5) في الأصل : ثبتت .

ليكسب يوماً لنفسه ، ويوماً للمكذب ، أو يخدمه ، جاز . ولا إجبار عليها على الأصح ، ولا تقدير في النوبتين في المهايأة • وقال ابن كج : يجوز يومين وثلاثة ، فإن زاد كسبه ، فوجهان • وإذا أدى النجوم ، وفضل شيء مما كسب لنفسه ، فهو له • ثم إن أعتق المصدق نصيب نفسه ، عتق • وفي سرايته طريقان ، قال الأكثرون : قولان ، كما لو صدقاه ، إلا أنا إذا قلنا بالسراية ، ثبت هنا في الحال ، ولا يجيء القول الآخر ، لأن صاحبه منكر الكتابة ، فلا يمكن التوقف إلى العجز ، وقيل : تثبت السراية في الحال قطعاً ، لأن منكر الكتابة يقول : هو رقيق لهما ، فإذا أعتق صاحبه ، ثبتت السراية ، فإن قلنا : لا سراية ، فولاء ما عتق ، هل يكون بينهما ، أم ينفرد به المصدق ؟ وجهان • أصحهما : الثاني ، لأن المنكر أبطل حقه بالإنكار ، فإن جعلناه بينهما ، فمات هذا العبد ، ونصفه رقيق ، وقلنا : إن مثله يورث ، وقفت حصة المنكر ، وإن قلنا بالسراية ، فولاء النصف الذي سرى العتق إليه ، للمعتق ، وفي ولاء النصف الآخر الوجهان • ولو أبرأه المصدق عن نصيبه من النجوم ، فالمذهب أنه لا سراية ، لأن منكر الكتابة لا يعترف بعتق نصيبه ، ويعتقد الإبراء لغواً[1] قال الإمام : ويجيء الخلاف في السراية ، لأن قول المصدق مقبول في نصيبه ، فإذا أتى بما يقتضي العتق ، فالسراية بعده قهرية ، وإن أدى نصيب المصدق من النجوم ، فلا سراية • وهل يكون ولاء ما عتق لهما ، أم يختص به المصدق ؟ فيه الوجهان • ولو عجزه المصدق ، عاد قناً ، ويكون الكسب الذي في يده للمصدق ، لأن المكذب أخذ حصته • ولو اختلفا في شيء من أكسابه ، فقال المصدق : كسبته بعد الكتابة ، وقد أخذت نصيبك ،

---

(١) في الأصل : لغو .

فهو ني ، وقال المكذب : بل قبلها ، وكان للأب ، فورثنا ، صدق[1] المصدق ، لأن الأصل عدم الكسب قبل الكتابة .

المسألة الخامسة : إذا قبض النجوم ، فوجدها ناقصة ، تقدم على هذا أن عوض الكتابة لايكون إلا ديناً كما سبق ، ويجوز كونه نقداً وعرضاً موصوفاً ، وأن من له دين ، فقبضه ، فوجده دون المشروط ، فله رده ، وطلب ما استحقه ، ولا يبطل العقد ، فإن كان المقبوض من غير جنس حقه ، لم يملكه إلا أن يعتاضه ، حيث يجوز الاعتياض . وإن اطلع على عيب به ، نظر ، هل يرضى به ، فإن رضي . فهل نقول : ملكه بالرضى ، أم نقول : ملكه بالقبض وتأكد الملك بالرضى ؟ فيه قولان . وإن رده ، فهل نقول : ملكه بالقبض . ثم انتقض الملك بالرد ، أم نقول : إذا رد ، تبين أنه لا يملكه ؟ فيه قولان ؟ ويبنى على هذا الخلاف مسائل سبقت كلها أو بعضها

منها : تصارفا في الذمة ، وتقابضا ، وتفرقا ، فوجد أحدهما بما قبضه عيباً ، فرده ، إن قلنا : [ملك] بالقبض ، صح العقد ، وإن قلنا : تبين أنه لم يملك ، فالعقد فاسد ، لأنهما تفرقا قبل قبض .

ومنها : أسلم في جارية ، وقبض جارية ، فوجدها معيبة ، فردها، هل على المسلم[2] إليه استبراؤها ؟ يبنى على هذا الخلاف .

ومنها : قال الإمام : الموصوف في الذمة إذا قبضه ، فوجده معيباً إن قلنا : يملكه بالرضى ، فلا شك أن الرد ليس على الفور ، والملك موقوف على الرضى ، وإن قلنا : يملك بالقبض ، فيحتمل أن

---

(١) في الأصل : فيصدق .
(٢) في الأصل : للمسلم .

يقال : الرد على الفور ، كما في شراء الأعيان ، والأوجه : المنع . لأنه ليس بمعقود عليه ، وإنما يثبت الفور فيما يؤدي رده إلى رفع العقد ابقاء للعقد[1] • إذا ثبت هذا ، فإن وجد السيد بالنجوم المقبوضة أو بعضها عيباً ، له الخيار ، بين أن يرضى به ، أو يرده ، ويطالب ببدله، سواء العيب اليسير ، والفاحش ، فإن كان العيب في النجم الأخير ، فإن رضي به ، فالعتق نافذ قطعاً ، ويكون رضاه بالعيب كالإبراء عن بعض الحق • وهل يحصل العتق من وقت القبض ، أم عند الرضى ؟ وجهان ، أصحهما : الأول • وإن أراد الرد والاستبدال ، فرد ، فإن قلنا : تتبين بالرد أن الملك لم يحصل بالقبض ، فلا عتق ، وإن أدى بعد ذلك على الصفة المستحقة ، حصل العتق حينئذ • وإن قلنا : يحصل الملك في المقبوض وبالرد يرتفع ، فوجهان • أحدهما : أن العتق كان حاصلاً ، إلا أنه كان بصفة الجواز ، فإذا رد العوض ، ارتد • وأصحهما : تتبين أن العتق لم يحصل ، إذ لو حصل ، لم يرتفع ، ولا يثبت العتق هنا بصفة اللزوم باتفاق الأصحاب • ولو تلف عند السيد ما قبضه ، ثم عرف أنه كان معيباً ، فقد قدم الإمام عليه ، أنه لو اتفق ذلك في عين فإن رضي ، فالذي يدل عليه فحوى[2] كلام الأصحاب ، أن الرضى كاف ، ولا حاجة إلى إنشاء إبراء ، لأن الأرش كالعوض في الرد ، والرد يكفي في سقوط الرضى ، فكذا الأرش • وإن طلبه ، تقرر ، ولم يسقط إلا بالإسقاط • وأما النجوم ، فإن رضي ، فالحق نافذ ، ويعود الوجهان في أنه يحصل عند الرضى ، أم يستند إلى القبض ؟ وإن طلب الأرش . تبين أن العتق لم يحصل ، فإذا أدى

---

(١) في الأصل : ابقاء العقد .

(٢) في الأصل : نحوى .

الأرش ، حصل حينئذ ، وإن عجز ، فللسيد إرقاقه ، كما لو عجز ببعض النجوم • ويجيء الوجه الآخر ، وهو أنه يرتفع العقد بعد حصوله • وفي قدر الأرش وجهان ، أحدهما : ما نقص من قيمة قدر رقبة العبد بحسب نقصان العيب من قيمة النجوم ، وبهذا قطع السرخسي • والثاني : ما نقص من النجوم المقبوضة بسبب العيب • ونقل الروياني ترجيح هذا الوجه ، وأجري الوجهان في كل عقد ورد على موصوف في الذمة • قال الإمام : وأمثل منهما أن يقال : يغرم السيد ما قبض ، ويطالبه بالمسمى بصفاته المشروطة • أما إذا قبض النجوم ، فوجدها ناقصة الكيل أو الوزن ، فلا يعتق بلا خلاف ، سواء بقي المقبوض في يد السيد أم تلف ، فإن رضي بالناقص ، فحينئذ يعتق بالإبراء عن الباقي •

السادسة : إذا خرج بعض النجوم مستحقاً ، تبين أن لا عتق ، لأن الأداء لم يصح ، وإن ظهر الاستحقاق بعد موت المكاتب ، تبين أنه مات رقيقاً ، وأن ما تركه للسيد دون الورثة • ولو قال السيد عند الأخذ : اذهب فأنت حر ، أو قد عتقت ، ثم بان الاستحقاق ، فهل يحكم بالحرية مؤاخذة له ، أم لا ، لأنه بناه على ظاهر الحال ، وهو صحة الأداء ؟ وجهان ، أصحهما : الثاني ، وهو المنصوص ، وهما كالوجهين فيما إذا خرج المبيع مستحقاً وكان قد قال في مخاصمة المدعي : إنه كان ملكاً للبائع فلان إلى أن اشتريته منه ، أنه هل يرجع بالثمن على بائعه ؟ وجزم البغوي بالأصح في المسألتين • ثم قال : ولو اختلفا ، فقال المكاتب : أعتقتني بقولك : أنت حر ، وقال السيد : أردت أنك حر بما أديت ، وبان أنه لم يصح الأداء ، فالقول قول السيد بيمينه ، وهذا السياق يقتضي أن مطلق قول السيد ، محمول على أنه حر بما أدى ، وإن لم يذكر إرادته ، قال الصيدلاني : وقياس تصديق السيد أنه لو

قيل لرجل : طلقت امرأتك ؟ فقال : نعم ، طلقتها ، ثم قال : إنما قلت[1] ذلك على ظن أن اللفظ الذي جرى طلاق ، وقد سألت المفتين فقالوا : لا يقع به شيء • وقالت المرأة : بل أردت إنشاء الطلاق أو الإقرار به ، أنه يقبل قوله بيمينه ، وكذا الحكم في مثله في العتق ، وهكذا قد ذكره غيره ، ونقله الروياني ، ولم يعترض عليه[2] ، لكن قال الإمام هذا عندي غلط ، لأن الإقرار جرى بصريح الطلاق ، فقبول قوله في دفعه محال ، ولو فتح هذا الباب ، لما استقر إقرار ، بخلاف إطلاق لفظ الحرية عقيب قبض النجوم ، فإنه محمول على الإخبار عما يقتضيه القبض ، ولم توجد الإشارة في الطلاق إلى واقعة ، وإنما وجد سؤال مطلق ، وجواب مطلق • وفي كلام الإمام إشعار بأن قوله : أنت حر ، إنما يقبل تنزيله على الحرية بموجب القبض إذا رتبه على القبض ، وأن في مسألة الطلاق لو وجد قرينة عند الإقرار ، بأن كانا يتخاصمان في لفظة أطلقها ، فقال ذلك ، ثم ذكر التأويل ، يقبل ، وأن في الصورتين لو انفصل قوله عن القرائن ، لم يقبل التأويل • وهذا تفصيل قويم لا بأس بالأخذ به ، لكن قال في « الوسيط » : لافرق بين أن يكون قوله : أنت حر ، جواباً عن سؤال حريته ، أم ابتداء ، وبين أن يكون متصلاً بقبض النجوم ، أو غير متصل ، لشمول العذر • ومال لذلك إلى قبول التأويل في الطلاق وغيره •

الحكم الثاني في الأداء • وفيما يتعلق به مسائل :

إحداها : يجب على السيد إيتاء المكاتب، لقول الله تعالى (وآتوهم

---

(١) في الأصل : قال .

(٢) في الأصل : وله تعرض .

من مال الله الذي آتاكم) [النور : ٣٣] واختار الروياني في « الحلية » أن الإيتاء مستحب ، وليس بشيء • والإيتاء : أن يحط عن المكاتب شيئاً من النجوم ، أو يبذل شيئاً ويأخذ النجوم ، والحط أفضل ، وهل هو الأصل ، والبذل بدل عنه ، أم بالعكس ؟ وجهان • الأصح المنصوص : الأول ، ومحل الإيتاء الكتابة الصحيحة ، ولا يجب في الفاسدة على الأصح • فإن أوجبنا ، كفى حط شيء من القيمة التي يجب فيها • ومن أعتق عبده بعوض ، أو باعه نفسه ، فلا إيتاء على الصحيح ، وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً أنه يجب في كل عقد عتاقة على عوض ، ولا يجب في الإعتاق بغير عوض بلا خلاف • وفي وقت وجوب الإيتاء وجهان • أحدهما : بعد العتق كالمتعة ، ليتبلغ به ، وأصحهما : قبله ليستعين به في الأداء • وعلى هذا ، فإنما يتعين في النجم الأخير • وأما وقت الجواز ، فمن أول عقد الكتابة ، ويجوز أيضاً بعد الأداء وحصول العتق ، لكن يكون قضاء إذا أوجبنا التقديم على العتق • وقيل : لا يجوز الإيتاء إلا في النجم الأخير أو بعده ، وفي قدره وجهان ، الأصح المنصوص في « الأم » : لا يتقدر[1] ، بل يكفي أقل ما يتمول ، والثاني : أنه ما يليق بالحال ، ويستعين به على العتق ، فيختلف بقلة المال وكثرته ، فإن لم يتفقا على شيء ، قدره الحاكم بالاجتهاد ، ونظر فيه إلى قوة العبد وأكسابه • وقيل : يعتبر حال السيد في اليسار والإعسار . وقال الاصطخري : يحتمل أن يقدر بربع العشر ، قال الإمام : إذا قلنا : يقدره الحاكم ، فقدر شيئاً تبين أن له وقعاً بالنسبة إلى [مال] الكتابة ، كفى ، وإن تيقنا أنه لا وقع له ، لايكفي . وإن شككنا ، فخلاف ، لتعارض أصل براءة السيد وأصل

---

(١) في الأصل : لا يتعذر .

بقاء وجوب الإيتاء • أما المستحب ، فقدر الربع ، وقيل : الثلث . وإلا ، فالسبع • وأما جنسه ، فالإيتاء بالحط لايكون إلا من نفس مال الكتابة ، وأما البدل ، فإن كان المبذول من غير جنس مال [الكتابة] كبذل الدراهم عن الدنانير ، لم يلزم المكاتب قبوله على الصحيح ، وبه قطع الأكثرون ، وشذ الغزالي بترجيح اللزوم • فلو رضي به ، جاز قطعاً ، نص عليه ، لأن الكتابة من قبيل المعاوضات، فلا يسلك بها مسلك العبادات، على أن الإمام قال : إذا منعنا نقل الزكاة، وانحصر المستحقون، فقد نقول : لهم أن يعتاضوا عروضاً عن حقوقهم، فلو كان المبذول من غير مال الكتابة ، لكن من جنسه ، فهل يلزمه القبول ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لظاهر الآية ، والصحيح : نعم ، كالزكاة ، ولأن المقصود الإعانة •

فرع

لو مات السيد بعد أخذ النجوم ، وقبل الإيتاء ، لزم الورثة الإيتاء ، فإن كانوا صغاراً ، تولاه وليهم ، فإن كان مال الكتابة باقياً ، أخذ الواجب منه ، ولا يزاحمه أصحاب الديون ، لأن حقه في عينه ، أو هو كالمرهون به . هكذا قاله القفال ، ونقله ابن كج عن نصه في « المبسوط » • وإن لم [يكن باقياً] فثلاثة أوجه ، أحدها : أن واجب[1] الإيتاء لضعفه يؤخر عن الديون ، ويحصل في رتبة الوصية • والثاني : أنا إذا قلنا : يقدر الواجب في الاجتهاد ، فأقل ما يتمول في رتبة[2] الديون والزيادة في رتبة الوصية لضعفها • والثالث وهو الصحيح : أن ما يحكم بوجوبه على الاختلاف ، يقدم على الوصايا . فإن أوصى بزيادة على الواجب ، فتلك الزيادة من الوصايا •

---

(١) في الأصل : واجبة .
(٢) في الأصل : رتب .

إذا لم يبق من النجوم إلا القدر الواجب في الإيتاء ، لم يسقط ولم يحصل التقاص ، لأن للسيد[1] أن يؤتيه من غيره ، وليس للسيد تعجيزه ، لأنه له عليه مثله ، لكن يرفع المكاتب[2] إلى القاضي[3] حتى يرى برأيه ، ويفصل الأمر بينهما . وإن جعلنا الإيتاء أصلاً[4] ، فقال القاضي حسين : له تعجيزه بالباقي إذا لم نجده ، وإذا عجزه ، سقط الإيتاء ، وارتفع العقد من أصله . قال الإمام : هذا عندي غير صحيح، وإنما شرع الإيتاء لئلا يعجز العبد بقدره ، ولا يفوت العتق .

المسألة الثانية : إذا عجل المكاتب النجوم قبل المحل ، فإن لم يكن على السيد ضرر في القبول ، أجبر عليه ، وإن كان ، بأن كان لايبقى بحاله إلى وقت الحلول ، كالطعام الرطب ، أو لزمه له مؤنة ، كالحيوان ، وما يحتاج إلى حفظ ، أو كان في أيام فتنة أو غارة ، فلا يجبر على القبول . فلو أنشأ العقد في وقت الفتنة والغارة ، لم يجبر على الأصح ، لأنها قد تزول عند المحل . ولو أتى بالنجوم في غير بلد العقد ، فإن كان في النقل مؤنة ، أو كان الطريق أو ذلك البلد مخوفاً ، لم يجبر على القبول ، وإلا، فيجبر . ولو أتى بالنجم في محله، والسيد غائب ، قبض القاضي عنه ، وكذا يقبض عنه إذا امتنع[5] وهو حاضر ، ويعتق المكاتب . ولو أتى بالنجم قبل الحول ، والسيد غائب، قبض عنه أيضاً إذا علم أن السيد لا ضرر عليه في أخذه ، قال الصيدلاني : ومثله لو كان للغائب دين على حر ، فأذن له[6] الحاكم ،

---

(١) في الأصل : السيد .
(٢) في الأصل : الكاتب .
(٣) في نسخ الظاهرية : إلى الحاكم .
(٤) في الأصل : أصل .
(٥) في الأصل : منع .
(٦) في نسخ الظاهرية : فأتى به .

هل يقبضه للغائب ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه ليس للمؤدي غرض إلا سقوط الدين عنه ، والنظر للغائب أن يبقى[1] المال في ذمة المليء ، فإنه خير من أن يصير أمانة عند الحاكم .

فرع

إذا أتى المكاتب بالنجوم ، فقال السيد : هذا حرام ، أو مغصوب ، نظر ، إن أقام بينة بذلك ، لم يجبر على قبوله ، وتسمع منه هذه البينة لأن في إقامتها غرضاً ظاهراً ، وهو الامتناع عن الحرام ، هكذا أطلقه كثيرون . وقال الصيدلاني : إنما تقبل البينة إذا عين له مالكاً [أما] إذا لم يعين ، فلا تتصور البينة للمجهول ، ولا معنى لقولهم : إنه مغصوب . والصحيح الأول . وإن لم يكن بينة ، فالقول قول المكاتب بيمينه أنه له ، لظاهر اليد ، فإن نكل ، حلف السيد ، وكان كإقامة البينة ، في وجه : لا يحتاج السيد إلى بينة ، والصحيح الأول . ولا تثبت [بينة] السيد في حق المالك الذي عينه ، ولا يسقط بحلف المكاتب حقه ، ثم إذا حلف المكاتب ، فالمذهب أنه يجبر السيد على قبوله ، أو إبرائه عن ذلك القدر ، فإن امتنع منهما ، أخذ الحاكم تلك النجوم ، وعتق المكاتب . وقيل : في إجباره على الأخذ قولان . ثم إذا أخذه السيد ، نظر ، إن عين له مالكاً ، أمر بتسليمه إليه بلا خلاف ، مؤاخذة له باعترافه ، وإن لم يقبل قوله على المكاتب . وإن لم يعين مالك ، بل اقتصر على قوله : هو مغصوب ، أو مسروق ، أو حرام ، فوجهان . أحدهما : ينتزعه الحاكم ويحفظه ببيت المال إلى أن يظهر مالكه . وأصحهما : لاينتزعه ، لأنه لم يقر لمعين . ونقل الروياني وغيره على هذا أن يقال : امسكه حتى يتبين صاحبه ، ويمنع من التصرف

---

(١) في الأصل : بقي .

فيه ، فإن كذب نفسه ، فقال : هو للمكاتب [كان] كما ادعاه ، قال الإمام : فالصحيح أنه يقبل ، وينفذ تصرفه فيه بحسبه • قال : وإن قلنا : يزيل الحاكم يده ، فالظاهر أنه لو كذب نفسه ، لايقبل •

فرع

إذا جاء المكاتب بالنجم عند المحل ، وعلى شرط السيد أن يبرئه ، فالشرط لغو ، وللسيد أخذه ، فلا يلزمه أن يبرئه عن الباقي ، وإن عجل قبل المحل على أن يبرئه عن الباقي فأخذه وأبراه ، لم يصح القبض ، ولا الإبراء • ولو قال : أبرأتك عن كذا ، بشرط أن تعجل لي الباقي ، وإذا عجلت علي كذا فقد أبرأتك عن الباقي ، فعجل ، لم يصح القبض ولا الإبراء ، وإذا لم يصح ، لا يحصل العتق ، وعلى السيد رد المأخوذ • هذا هو المذهب ، وأشار المزني إلى ترديد قول في صحة القبض والإبراء ، ولم يسلم له جمهور الأصحاب اختلاف القول ، وحملوا التجويز على ما إذا لم يجر شرط[1] ، فابتدأ بذلك • ولو أنشأ رضى جديداً بقبضه عما عليه ، حكم بصحته ، كما لو أذن للمشتري في قبض ما في يده عن جهة الشراء ، أو للمرتهن في قبضه عن جهة الرهن • ولو أخذ السيد ما عجله المكاتب ، وأبرأه عن الباقي بلا شرط ، أو عجز المكاتب نفسه ، فأخذ السيد ما معه ، وأبرأه عن الباقي ، أو أعتقه ، جاز • ولو أراد السيد والمكاتب حيلة يعتق بها بما عجل ، ويكون بجهة الكتابة ، فقال الأصحاب : طريقه أن يقول : إذا عجزت نفسك ، وأديت كذا ، فأنت حر ، فإذا وجدت الصفات ، عتق عن جهة الكتابة ، لأنها لا ترتفع بمجرد تعجيز نفسه ، وإنما ترتفع إذا فسخها بعد التعجيز ، وإذا عتق عن الكتابة ، كانت الأكساب له ،

(١) في الأصل : يجز شرطاً .

فيتراجعان، فيرجع المكاتب على السيد بما أخذه ؛ والسيد عليه بقيمته؛ لأنه أعتقه على عوضين : التعجيز ، والمال المذكور ، والتعجيز لا يصلح عوضاً ، فكأنه أعتقه بعوض فاسد • قال صاحب « الشامل » : ولو لم يعلق هكذا ، ولكن قال : إن أعطيتني كذا فأنت حر ، فأعطاه ؛ عتق ؛ ولكنه عوض فاسد ، لأن المكاتب لاتصح المعاوضة عليه ؛ فيعتق بالصفة ، وعليه تمام قيمته • ولو عجل المكاتب النجم ؛ على أن يعتقه؛ ويبرئه عن الباقي ، ففعل السيد ذلك ، عتق المكاتب ؛ ورجع عليه بقيمته ، ويرجع المكاتب على السيد بما دفع ؛ لأنه أعتقه بعوض فاسد. حكاه القاضي عن النص •

المسألة الثالثة : في تعذر تحصيل النجوم عند حلولها ؛ وله أسباب: الأول : الإفلاس ، فإذا حل نجم على المكاتب ، وهو عاجز عن أدائه . أو عن بعضه ، فللسيد فسخ الكتابة ، وله أن يفسخ بنفسه ، لأنه فسخ مجمع عليه ، كفسخ النكاح بالعتق ، وإن شاء رفع إلى الحاكم ليفسخ[1] • وفي تعليق الشيخ أبي حامد : لأنه إذا ثبت عجزه بإقراره؛ أو بالبينة ، فللسيد[2] فسخ الكتابة • وينبغي أن لا يشترط إقراره بالعجز ، ولا قيام البينة عليه ، لأنا سنذكر إن شاء الله أنه لو امتنع من الأداء ثبت حق الفسخ • وإذا لم يؤد ، فهو ممتنع ، إذ لم يكن عاجزاً • وإذا رفع إلى القاضي ، فلا بد من ثبوت الكتابة ، وحلول النجم عنده • ومتى فسخت ، سلم للسيد ما أخذه ، لأنه كسب عبده ، لكن ما أخذه من الزكاة يسترد ويؤديه • وهذا قد سبق في الزكاة ، وليس هذا الفسخ على الفور ، بل له تأخيره ما شاء ، كفسخ الإعسار • وإذا استنظره المكاتب ، استحب أن ينظره ، ثم لا يلزمه الإمهال ، بل له

(١) في الأصل : الفسخ .
(٢) في الأصل : فله فللسيد .

الرجوع إلى الفسخ متى بدا له . وإذا طالبه بالمال ، فلا بد من الإمهال بقدر ما يخرجه من الصندوق والدكان والمخزن، ويزن فإن كان ماله غائباً، فقد أطلق الإمام والغزالي أن للسيد الفسخ ، وليحمل على تفصيل ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما ، وهو أنه إن كان على مسافة القصر ، لم يلزمه التأخير إلى استيفائه ، كما لو كانت له وديعة ، وإن كان مؤجلاً ، أو على معسر ، فلا . وإن كان الدين على السيد ، وهو من جنس النجوم ، ففيه الخلاف في التقاص ، وإن كان من غير جنسه ، أداه ليصرفه المكاتب في النجوم . ولو حل النجم وهو نقد ، وللمكاتب عروض ، فإن أمكن بيعها على الفور ، بيعت ولا فسخ ، وإن احتاج البيع إلى مدة ، لكساد[1] وغيره ، فمقتضى كلام الصيدلاني أن لا فسخ . ورأى الإمام الفسخ ، كغيبة المال ، وهذا أصح، وضبط البغوي التأخير للبيع بثلاثة أيام . وقال : لا يلزم أكثر منها .

السبب الثاني : غيبة المكاتب ، فإذا حل النجم ، والمكاتب غائب، أو غاب بعد حلوله بغير إذن السيد ، فللسيد الفسخ إن شاء بنفسه ، وإن شاء بالحاكم ، وقيل : لا يفسخ بنفسه والصحيح الأول فلا يلزمه تأخير الفسخ لكون الطريق مخوفاً ، أو المكاتب مريضاً . وإذا فسخ بنفسه ، فليشهد عليه ، لئلا يكذبه المكاتب ، وإن رفع إلى الحاكم، فلا بد أن يثبت عنده حلول النجم وتعذر التحصيل ، ويحلفه الحاكم مع ذلك . لأنه قضاء على الغائب . قال الصيدلاني : يحلفه أنه ما قبض النجوم منه ، ولا من وكيله ، ولا أبرأه ، ولا أحال به ، ولا يعلم له مال حاضر . وذكر الحوالة مبني على جواز الحوالة بالنجوم . ولو كان مال المكاتب حاضراً ، لم يؤد الحاكم النجوم منه ، ويمكن السيد من الفسخ،

---

(١) في الأصل : كتساد .

[لأنه] ربما عجز نفسه لو كان حاضراً ، ولم يؤد المال • ولو نظر المكاتب بعد حلول النجم ، وأذن له في السفر ، ثم بدا له في الانظار ، لم يكن له الفسخ في الحال ، لأن المكاتب غير مقصر هنا ، ولكن يرفع السيد الأمر إلى الحاكم ، ويقيم البينة على الحلول والغيبة ، ويحلف مع ذلك ، ويذكر أنه رجع عن الإنظار ، فيكتب الحاكم إلى حاكم بلد المكاتب ليعرفه الحال ، فإن أظهر العجز ، كتب به إلى حاكم بلد السيد ليفسخ إن شاء ، وإن قال : أؤدي الواجب ، فإن كان للسيد هناك وكيل، سلم إليه ، فإن أبى ، ثبت حق الفسخ للسيد ، وللوكيل أيضاً إن كان وكيلاً فيه • وحكى ابن كج قولاً آخر أنه لا فسخ بالامتناع عن التسليم إلى الوكيل ، لاحتمال العزل • وإن لم يكن هناك وكيل ، أمره الحاكم بإيصاله إليه ، إما بنفسه ، وإما بغيره ، ويلزمه ذلك في أول رفقة تخرج[1] ، أو في الحال إن كان لا يحتاج إلى رفقة في ذلك الطريق. وعلى السيد الصبر إلى أن تمضي مدة إمكان الوصول ، فإن مضت ، ولم يوصله مقصراً ، فللسيد الفسخ • قال ابن كج : ولو لم يكن في بلد السيد حاكم ، فكتب السيد إلى العبد ، وأعلمه بالحال ، وأمره بالتسليم إلى رجل ، فامتنع ، فعندي أنه كما لو امتنع بعد كتاب القاضي إذا وقع له العلم به • وحكى ابن القطان فيه وجهين • قال : وحكى وجهين فيما لو سلم المكاتب إلى وكيل السيد ، وبان أن السيد عزله ، هل يبرأ المكاتب ؟ قال : وعندي أن الوجهين مخصوصان بما إذا قال الحاكم : فلان وكيله ، ولم يأذن بالتسليم إليه ، فإن أمره بالتسليم إليه ، برىء بلا خلاف •

السبب الثالث : الامتناع ، فإذا امتنع المكاتب من أداء النجوم

---

(١) في الأصل : في أول أو رفقة .

مع القدرة ، لم يجب عليه ، لأن الحط له ، فلا يجبر عليه ، ولأن الكتابة جائزة من جهة المكاتب ، ولأنها تتضمن التعليق بالصفة ، والعبد لا يجبر على الصفة ، فإذا عجز نفسه ، فالسيد بالخيار ، إن شاء فسخ ، وإن شاء صبر ، وإن أراد الفسخ ، فسخ بنفسه ، ولا يحتاج إلى القاضي . وهل للمكاتب الفسخ ؟ وجهان . أحدهما : لا ، إذ لا ضرر عليه في بقائها . وأصحهما : نعم ، كالمرتهن يفسخ الرهن ، قال الإمام : وتجويز الامتناع من الأداء مع أنه لا يملك الفسخ بعيد .

الرابع : قد سبق أن الكتابة لا تنفسخ بجنون العبد ، فإن أراد السيد الفسخ ، اشترط أن يأتي الحاكم ، فيثبت عنده الكتابة ، وحلول النجم ، ويطالب به . ويحلفه الحاكم على بقاء الاستحقاق ، ثم يبحث ، فإن وجد للمكاتب مالاً ، أداه عن الواجب عليه ، ليعتق ، لأن المجنون ليس من أهل الضرر لنفسه ، فناب عنه الحاكم ، بخلاف الغائب الذي له مال حاضر . ثم إن الجمهور أطلقوا أن الحاكم يؤدي عنه . وقال الغزالي : يؤدي إن رأى له مصلحة في الحرية ، وإن رأى أنه يضيع إذا عتق ، لم يؤد . وهذا حسن ، ولكنه قليل النفع ، مع قولنا : إن للسيد إذا وجد مالاً الاستقلال بأخذه ، إلا أن يقال : يمنعه الحاكم من الأخذ والحالة هذه . وإن لم يجد الحاكم له مالاً ، مكن السيد من الفسخ . فإذا فسخ ، عاد المكاتب قناً له ، وعليه نفقته ، فإن أفاق ، وظهر له مال كان حصله قبل الفسخ ، دفعه إلى السيد ، وحكم بعتقه ، وبعض التعجيز . هكذا أطلقوه . وأحسن الإمام ، فقال : إن ظهر المال في يد السيد ، رد التعجيز ، وإلا ، فهو ماض ، لأنه فسخ حين تعذر الوصول إلى حقه ، فأشبه ما لو كان ماله غائباً ، فحضر بعد الفسخ . وإذا حكمنا ببطلان التعجيز ، وكان السيد جاهلاً بحال المال ، فعلى المكاتب رد ما أنفق السيد عليه . وإن وجد السيد للمكاتب في جنونه

مالاً ، فقد سبق أن الاستقلال بأخذه ، وحكينا عن الإمام فيه تفصيلاً .

الخامس : إذا مات المكاتب قبل تمام الأداء ، انفسخت الكتابة ، ومات رقيقاً ، فلا يورث ، وتكون أكسابه لسيده ، وتجهيزه عليه ، سواء خلف وفاء بالنجوم ، أم لا ، وسواء كان الباقي قليلاً أم كثيراً ، وسواء كان حط عنه شيئاً ، أم لا ، لأن الإيتاء غير معلوم ، فلا يسقط به معلوماً . نص في « الأم » على أنه لو أحضر المكاتب المال ليدفعه إلى السيد ، أو دفع المال إلى رسوله ليوصله إليه ، فمات قبل قبضه ، مات رقيقاً أيضاً ، وأنه لو وكل المكاتب رجلاً في دفع النجم الأخير إلى السيد ، ومات المكاتب ، فقال أولاده الأحرار : دفع الوكيل قبل موته، فمات حراً ، وكذبه السيد ، فهو المصدق ، فإن أقاموا بينة على الدفع يوم الخميس ، وكان قد مات يوم الخميس ، لم ينفعهم إلا أن يقول الشهود : دفع قبل موته ، أو يقولوا : دفع قبل طلوع الشمس ، ويكون السيد معترفاً بأن مات بعد الطلوع . وأنه لو شهد وكيل المكاتب بقبض السيد قبل موت المكاتب ، لم تقبل شهادته ، ولو شهد به وكيل السيد، قبلت ، لعدم التهمة .

فروع

تتعلق بالفسخ[1] والانفساخ ، فيحصل الفسخ بقول السيد : فسخت الكتابة ، ونقضتها ، ورفعتها ، وأبطلتها ، وعجزت المكاتب . ولو لم يطالبه السيد بعد حلول النجم مدة ، ثم أحضر المكاتب المال ، لم يكن للسيد الامتناع من قبضه ، ونص في « الأم » أنه لو قال بعد التعجيز : قررتك على الكتابة ، لم يصر مكاتباً حتى يجدد كتابة ، وقد سبق في القراض ما يقتضي خلافاً فيه .

---

(١) في الأصل : الفسخ .

قلت : ليس هذا كالقراض ، فإن معظم الاعتماد هنا في العتق على التعليق ، وهذا اللفظ لا يصلح له . والله أعلم

ولو تطوع رجل بأداء مال الكتابة ، فهل يجبر السيد على القبول، أم له الفسخ ؟ وجهان أصحهما : له الفسخ ، وبه قطع الإمام . وإذا قبل ، ففي وقوعه عن المكاتب إذا كان بإذنه وجهان ، القياس : الوقوع. وإذا مات المكاتب رقيقاً ، أو فسخ السيد الكتابة لعجزه ، رق كل من يكاتب عليه والد وولد[1] ، وصاروا جميعاً للسيد ، وجميع ما في يده من المال للسيد إن لم يكن عليه دين ، فإن كان ، فسنذكره إن شاء الله تعالى .

فرع

إذا قهر السيد المكاتب ، واستعمله مدة ، لزمه أجرة مثله . ثم إذا جاء المحل ، هل يلزمه إمهاله مثل تلك المدة ، أم له تعجيزه والفسخ ؟ قولان . أظهرهما : الثاني ، لأنه أخذ بدل منافعه . ولو حبسه عن السيد ، فالمذهب أنه لا إمهال ، وأجراه العراقيون على القولين . وقد ذكرنا المسألة فيما لو أسر الكفار مكاتباً مدة [ثم] استنقذناه .

المسألة الرابعة : فيما إذا انضم إلى النجوم ديون على المكاتب لسيده أو لغيره ، أو له ولغيره . وفيها صور . الأولى : كان للسيد مع النجوم دين معاوضة ، أو أرش[2] جناية ، فإن تراضيا بتقديم الدين ، فذاك ، وإن تراضيا بتقديم النجوم ، عتق . ثم المذهب أن الدين الآخر لا يسقط ، فللسيد مطالبته به . ولو كان ما في يده وافياً بالنجوم دون الدين ، فإذا أداه عن النجوم بإذن السيد ، فالحكم ما ذكرناه ، وللسيد

(١) في الأصل : من ولده وولد ولده .
(٢) في الأصل : وارش .

منعه من تقديم النجوم ، فيأخذ ما معه عن الدين ، ثم يعجزه . وهل له تعجيزه قبل أخذه ؟ وجهان ، أصحهما : نعم . ولو دفع المكاتب ما في يده إلى السيد ، ولم يتعرضا للجهة ، ثم قال المكاتب : قصدت النجوم، وأنكر السيد ، أو قال : أصدقه ، ولكن قصدت أنا الدين لا النجوم ، فقال القفال : يصدق المكاتب . وقال الصيدلاني : يصدق السيد ، لأن الاختيار هنا إليه ؛ بخلاف سائر الديون .

قلت : قول القفال أصح ، والله أعلم

الثانية والثالثة : إذا اجتمع عليه نجوم وديون للسيد أو لغيره ، أو له ولغيره ، فهو كالحر في الحجر عليه بالفلس ، وقسم ماله بين أصحاب الديون . وهل تحل بالحجر الديون المؤجلة ؟ طريقان . أصحهما : قولان ، كالمفلس . والثاني : تحل قطعاً ، لأن للرق[1] أثراً في إبطال الأجل ، ولهذا نص الشافعي رحمه الله أن الحربي إذا استرق وعليه دين مؤجل ، حل ، فإن قلنا : يحل ، قسم المال على الجميع ، وإلا، فعلى الحال ، ولا يحجر عليه بالتماس السيد للنجوم ، لأنها غير مستقرة ، والمكاتب متمكن من إسقاطها .

إذا ثبت هذا ، فإن كان ما في يد المكاتب وافياً بالديون ، قضيت ، وإلا ، فإن لم يحجر عليه ، فله تقديم ما شاء من الديون ، وله تعجيل الديون قبل المحل ، ولا يجوز تعجيل الديون المؤجلة بغير إذن سيده . وفي جوازه بإذنه الخلاف في تبرعاته بإذنه . وفي معناه ما إذا عجل الديون للسيد ، ومنهم من طرد الخلاف في تعجيل النجوم ، ذكره الروياني . وإذا قدم النجوم ، عتق ، وبقي دين الأجانب عليه ، ولا

---

(1) في الأصل : الرق .

يجيء فيه الخلاف في إعتاق الجاني ، لأن العتق يحصل بالصفة السابقة على الجناية ، فهو كما لو علق عتق عبده بصفة ، ثم جني ، فإن الجناية لا تمنع وقوع العتق بالتعليق السابق بلا خلاف ، والأولى أن يقدم دين المعاملة ، فإن فضل شيء ، جعله في الأرش ، فإن فضل شيء ، صرفه في النجوم • وسيظهر وجه هذا الترتيب إن شاء الله تعالى • وإن حجر عليه ، تولى قسمة ما في يده • وفي كيفية القسمة وجهان ، ويقال : قولان ، أحدهما : يقسم على قدر الديون ، وأصحهما : يقدم دين المعاملة ، لأنه يتعلق بما في يده خاصة ، وللأرش متعلق آخر ، وهو الرقبة ، وكذا حق السيد بتقدير العجز يعود إلى الرقبة ، ويسوى بين النقد والعرض ، ثم يقدم أرش الجناية على النجوم ، لأن الأرش مستقر ، والنجوم [معرضة] للسقوط • وقال القاضي أبو الطيب : لا خلاف أن هذا الثاني مذهب الشافعي رحمه الله ، وإنما الأول إذا رضوا بالتسوية ، فإن عجز المكاتب نفسه ، سقطت النجوم • وفي دين المعاملة للسيد وجهان • أصحهما : يسقط أيضاً ويصرف ما في يده إلى ديون الأجانب ، من معاملة وأرش ، فإن لم يف بالنوعين ،فهل تقدم المعاملة ، أم الأرش ، أم يسوى بينهما ؟ أوجه ، أصحها عند الشيخ أبي محمد ، والغزالي ونحوهما : الثالث • ثم ما تبقى من دين المعاملة ، يتبع به بعد العتق ، وما تبقى من الأرش يتعلق بالرقبة ، يباع فيه • ولو مات المكاتب قبل قسمة ما في يده، انفسخت الكتابة ، وسقطت النجوم• قال ابن سريج ، وابن الصباغ : تسقط الأروش[1] أيضاً ، لأنها تتعلق بالرقبة ، وقد فاتت ، وبما في يده بحكم الكتابة ، وقد بطلت ، فعلى هذا يتعين صرف ما خلفه إلى المعاملة • وقال الصيدلاني والإمام والبغوي :

---

(١) في الأصل : الأرش .

تبقى الأروش وتعلقها بالمال ، فعلى هذا إن سوينا في صورة التعجيز . فهنا أولى ، وإن قدمنا [الأرش ، فكذا هنا ، وإن قدمنا] المعاملة ، فهل تقدم هنا أيضاً ، أم يسوى ؟ وجهان ، أصحهما : التسوية ، لأنهما متعلقان بما خلفه .

فرع

إذا لم يكن في يد المكاتب مال ، أو قسم الموجود ، إما على الديون جميعاً بالسوية ، وإما على التقديم والترتيب ، وبقيت النجوم أو بعضها ، فللسيد تعجيزه ، ورده رقيقاً . وإن بقيت الأروش أو بعضها ، فمستحق الأرش الباقي ، لعجزه ، لتباع رقبته في حقه ، ولا يعجزه بنفسه ، لأنه لم يعقده ، لكن يرفع الأمر إلى الحاكم ليعجزه ، صرح الأصحاب بهذا . وقال الإمام : ظاهر كلامهم أنه يعجزه بنفسه . والوجه : الرفع إلى القاضي . فلو أراد السيد أن يفديه ويبقي الكتابة. فهل يمتنع على مستحق الأرش التعجيز ويلزمه قبول الفداء ؟ وجهان : أرجحهما عند الإمام والغزالي : لا ، وأصحهما : نعم ، وبهذا قطع الجمهور . وأما صاحب دين المعاملة ، فليس له التعجيز ، لأن حقه لا يتعلق بالرقبة. ولو أمهله السيد ومستحق الأرش ، ثم بدا لبعضهم[1] وأراد التعجيز ، فله ذلك . وإذا تحقق التعجيز ، سقطت النجوم ، ويباع في الأرش ، إلا أن يفديه السيد ، ودين المعاملة لا يتعلق بالرقبة على الصحيح .

فرع

ذكرنا أن الأصح تقديم دين الأجنبي على النجوم ، وهل يضارب السيدمعهم بمالهمن دين المعاملة؟ وجهان، أصحهما : نعم، وأما ما للسيد

---

(١) في الأصل : بدا له لبعضهم .

عليه من أرش جناية ، فقال ابن كج : يستوي السيد والأجنبي فيه في دوام الكتابة ، وأما بعد التعجيز ، فيباع في أرش الجناية للأجنبي ، ويسقط ما للسيد ، لأنه صار ملكه ؛ ولا يثبت للسيد على عبده أرش، ويجوز أن يجعل فيه خلاف .

المسألة الخامسة : إذا كان بينهما عبد بالسوية ، فكاتباه[1] ، لم يكن للمكاتب أن يفضل أحدهما على الآخر في المدفوع . فلو دفع إلى أحدهما تمام حصته بغير إذن الآخر ، لم يعتق منه شيء ، لأن نصف المأخوذ لشريكه ، ويجيء فيه[2] وجه ضعيف سبق . وإن دفع إليه تمام النجوم ، فكذلك على الأصح ، وللشريك الآخر أخذ حصته مما قبض بلا خلاف . ولو قبض أحدهما جميع النجوم بإذن الآخر ، عتق العبد قطعاً . وإن سلم إلى أحدهما حصته من مال الكتابة بإذن الآخر ورضاه بتقديمه ، فهل يصح القبض ؟ قولان أظهرهما : لا ، لأن حقه في ذمة المكاتب . وما في يده ملكه ، فلا أثر للإذن فيه ؛ ولأنه لو جاء بالمال ليعطيهما ، فرضي أحدهما بأن[3] يزن للآخر أولاً ، ففعل ، وأقبضه ، لم يعتق حتى يزن للآخر . ولو هلك الباقي قبل أن يزن للثاني ، كان المدفوع بينهما ، فكذا هنا ، والثاني : نعم ، لأن الحق لا يعدوهم . فإن قلنا : لا يصح القبض ، لم يعتق نصيب القابض[4] ، وللآذن طلب حصته من المقبوض . ثم إن أدى المكاتب الباقي ، عتق عليهما . وإلا ، فلهما التعجيز . وإن قلنا : يصح القبض ، اختص القابض بما قبض ، وعتق نصيبه . ثم إن كان معسراً ، لم يعتق عليه

(١) في الأصل : فكذباه .
(٢) في الأصل : فيها .
(٣) في الأصل : أن .
(٤) في الأصل : لم يصح قبض القابض .

نصيب الآخر ، ولكن إن كان في يد المكاتب ما يفي بنصيب الآخر ، وأداه ، عتق أيضاً ، وإلا ، فله التعجيز • وإن كان موسراً ، قوم عليه نصيب الشريك • وهل يقوم في الحال ، أم عند التعجيز عن نصيب الآخر ؟ فيه القولان السابقان فيما إذا عتق أحدهما نصيبه ، فإن قلنا : يقوم في الحال ، فجميع ما في يد المكاتب يكون للشريك الآذن ، وما كسبه بعد ذلك يكون بين المكاتب والشريك الآذن ، لأنه كسب بنصفيه الحر والمكاتب • وإن مات قبل الأداء والتعجيز ، فعلى ما سبق هناك • هذه طريقة جماهير الأصحاب • وقال الإمام : إن كان في يده وفاء بنصيب الشريك الآذن ، فالذي رأيته للأصحاب القطع بأنه لا سراية • وقال الغزالي : ولا نقول بعتق نصيبه ، بل يؤدي نصيب الآذن ، فإذا أدى ، عتق عليهما ، وإن عجز عن أداء نصيب الآذن ، فعن ابن سريج : لا يشارك القابض فيما قبض ، لأنه لما قدمه رضي ببقاء حقه[1] في ذمة المكاتب ، فعلى هذا يعتق نصيب القابض • وفي السراية ما ذكره الجماهير • وعن غيره أن الآذن يشاركه ، لأن ما قبضه ، كسب عبدهما ، وإنما تبرع الآذن بالتقديم ، لا بالتمليك ، ولا يخلص له المقبوض • فعلى هذا لهما تعجيزه وإرقاقه •

فرع

قد سبق أنهما إذا كاتبا المشترك ، فادعى أنه أوفاهما ، فصدقه أحدهما ، وكذبه الآخر ، صدق المكذب بيمينه ، فإذا حلف ، بقيت الكتابة في نصيبه ، وهو بالخيار بين أن يشارك المصدق فيما أقربقبضه، فيأخذ نصفه ، ويطالب العبد بالباقي ، وبين أن يطالب المكاتب بتمام

---

(١) في الأصل : حقه وفي .

نصيبه ، لأن كسبه متعلق حقهما بالشركة . وقيل : إذا جوزنا انفراد أحدهما بكتابة نصيبه ، لم يشارك المصدق ، بل يطالب المكاتب بجميع حقه . وإنكاره قبض الشريك لا يمنعه الرجوع عليه ، لأنه أقر بالقبض، وربما قبض وهو لا يعلم . ثم إذا أخذ المكاتب حصته منهما ، أو من العبد لاعترافه بأنه مظلوم ، ولا يرجع العبد أيضاً على المصدق بما العبد وحده ، عتق باقيه ، ولا يرجع المصدق إن أخذ منهما بشيء على يأخذ منه ، ولا تقبل شهادة المصدق على المكذب ، لأنه متهم .

السادسة : إذا كاتب عبيداً ، وشرط أن يتكفل بعضهم بعضاً بالنجوم ، فسدت الكتابة ، لأنه شرط فاسد ، لأن ضمان النجوم باطل. ولو ضمن بعضهم بعضاً بلا شرط ، لم يصح ، وفي قول قديم : لا تفسد الكتابة بالشرط المذكور ، لأنه مصلحة العقد والمشهور الأول ، ولو كاتب عبداً بشرط أن يضمن عنه فلان، لم تصح الكتابة أيضا، ولو أدى بعض المكاتبين عن بعض بلا شرط ولا ضمان، أو كاتب عبدين في عقدين، فأدى أحدهما عن الآخر ، فإن أدى بإذنه ، رجع عليه ، وإلا ، فلا ، وإن أدى قبل العتق ، فهو تبرع ، وتبرعه بغير إذن السيد باطل ، وبإذنه قولان ، فإن لم يعلم السيد أنه يؤدي عن غيره ، بأن ظن أن كسب المؤدى عنه ، وأنه وكيله ، فهو تبرع بغير إذن السيد ، وإن علم الحال، فهو كالتصريح بالإذن على الأصح ، فإن صححنا الأداء ، لم يرجع المؤدي على السيد ، ويرجع على المؤدى عنه إن أدى بإذنه ، ولا يرجع إن أدى بغير إذنه ، وإذا ثبت له الرجوع عليه ، فإن كان قد عتق ، فذاك ، ، وإلا ، فيأخذ مما في يده ، ويقدم على النجوم ، لأنه لا بدل له ، وحق السيد له بدل عند التعذر ، وهو رقبته ، وإن لم نصحح الأداء ، فلا رجوع للمؤدي على المؤدى عنه ، لكنه يسترد من السيد ، فلو أدى النجوم ، وعتق ، فالنص أنه لا يسترد حينئذ ، ونص

فيما لو جنى السيد على مكاتبه ، فعفا عن الأرش ، وأبطلنا العفو بناء على رد تبرعاته ، فعتق ، أن له أخذ الأرش . قال أكثر الأصحاب : في الصورتين قولان ، كزوال المانع من تبرعه ، لكن وقع العفو والأداء فاسدين ، فلا ينقلبان صحيحين . ولو كاتب رجلان كل واحد منهما عبده ، ثم أدى أحدهما عن الآخر بغير إذن سيده ، لم يصح أداؤه ، وبإذنه قولان . وقال القفال : إن انضم إذن المؤدى عنه إلى إذن سيده ، صح بلا خلاف ، لأنه يكون إقراضاً ، والإقراض بإذن السيد صحيح بلا خلاف ، فإن لم نصحح أداءه ، فله الاسترداد ، فإن عتق قبل الاسترداد ، ففيه الخلاف .

فرع

المكاتبون دفعة واحدة إذا اختلفوا فيما دفعه إلى السيد ، فقال من قلت قيمته : أدينا النجوم على عدد الرؤوس ، وقال من كثرت قيمته : بل على أقدار القيم ، فقولان . أظهرهما : يصدق من قلت قيمته ، لثبوت يده على ما ادعاه . والثاني : يصدق الآخر ، لأن الظاهر معه . وقيل : ليست على قولين ، بل إن أدوا بعض المال بحيث لو وزع على رؤوسهم ، لم يخص أحدهم أكثر من قسطه ، صدق قليل القيمة ، وإن أدوا الجميع ، وادعى قليل القيمة أنه أدى أكثر مما عليه ليكون وديعة عند السيد أو قرضاً على كثير القيمة ، فيصدق كثير القيمة . قال الروياني : ويجري الخلاف فيما لو اشترى اثنان شيئا على التفاضل، وأديا الثمن ، واختلفا في أنهما أديا متفاضلا[(٢)] ، أم متساوياً .

---

(١) في الأصل : وديت .
(٢) في الأصل : ليأت .

السابعة : في الاختلاف ، وفيه صور ، إحداهما : ادعى عبد على سيده انك كاتبتني ، فأنكر ، صدق السيدبيمينه ، وكذا لو ادعى على وارثه بعده ، أن مورثك كاتبني ، صدق الوارث ، ويحلف على نفي العلم • ولو قال السيد : كاتبتك وأنا مجنون ، أو محجور علي ، قال العبد : بل كنت كاملاً ، فإن عرف للسيد جنون أو حجر ، صدق ، وإلا، فيصدق العبد • ولو قال السيد : كاتبتك ، فأنكر العبد ، ففي كتاب ابن كج أنه [إن] لم يعترف بأداء المال عاد رقيقاً ، ويكون إنكاره تعجيزاً منه • وإن قال السيد : وأديت[1] المال وعتقت ، فهو حر بإقراره ، فإن قال العبد : الذي أديت إليك ليس لي ، بل وديعة لزيد ، وادعاه زيد ، صدق ، أما إذا اختلفا في أداء المال ، فالمصدق السيد ، فإن أراد المكاتب إقامة بينة بالأداء ، أمهل ثلاثة أيام • وهل هذا الإمهال واجب ، أم مستحب ؟ وجهان • ولا تثبت الكتابة بشاهد وامرأتين ، ولا بشاهد ويمين • ويشترط في الشهادة التعرض للتنجيم ، وقدر كل نجم ووقته ، ويثبت الأداء بشاهد وامرأتين ، وبشاهد ويمين • وقيل : لا يثبت النجم الأخير إلا بعدلين ، لتضمنه العتق ، والصحيح الأول • وحكى الروياني في « الكافي » أنه لو أمهل ثلاثة أيام ليأتي[2] ببينة الأداء ، فأحضر شاهداً بعد الثلاثة ، واستنظر ليأتي بالثاني ، أنظر ثلاثة أخرى •

الثانية : اختلفا في قدر النجوم ، أو عددها ، أو جنسها ، أو صفتها ، أو قدر الأجل ، ولا بينة ، تحالفا ، وكيفيته كما سبق في البيع، فإذا تحالفا ، نظر ، إن لم يحصل العتق باتفاقهما ، بأن لم يقبض جميع

---

(١) في الأصل : وديت .
(٢) في الأصل : ليات .

[ما يدعيه] ، أو قبض غير الجنس الذي يدعيه ، فهل تنفسخ الكتابة، أم يفسخها الحاكم إن لم يتراضيا على شيء ؟ فيه ما سبق في البيع . وإن حصل العتق باتفاقهما ، بأن قبض ما يدعيه بتمامه ، وزعم المكاتب أن الزيادة على القدر الذي اعترف به أودعها عنده ، استمر نفوذه ، ويتراجعان ، فيرجع السيد بقيمة المكاتب ، ويرجع هو بما أدى ، وقد يقع في التقاص . ولو قال السيد : كاتبتك على نجم ، فقال : بل على نجمين ، قال البغوي : صدق السيد بيمينه ، لأنه يدعي فساد العقد .

قلت : ينبغي أن يكون على الخلاف فيما لو اختلف المتبايعان في مفسد للبيع[1] . والله أعلم

فلو أقام العبد بينة ، بأنه كاتبه في رمضان سنة كذا على ألف ، وأقام السيد بينة أنه كاتبه في شوال تلك السنة على ألفين ، فإن اتفقا أن الكتابة متحدة ، فكل بينة تكذب الأخرى ، فيتساقطان ويتحالفان . وإن لم يتفقا على الاتحاد ، فالبينة المتأخرة أولى ، لأنه ربما كاتب في رمضان ثم ارتفعت[2] تلك الكتابة ، وأحدث أخرى .

الثالثة : ولد المكاتب من زوجته المعتقة حر ، وولاؤه لمواليها[3]، فإن عتق المكاتب ، انجر الولاء إلى مواليه ، كما سبق في الولاء . فلو مات المكاتب ، فاختلف مولاه ومولى أم أولاده ، فقال مولاه : عتق بأداء النجوم ، ثم مات وجر ولاء[4] أولاده إلي ، وأنكر مواليها ، فهم المصدقون باليمين ، وعليه البينة . وهل يكفيه شاهد ويمين ، أو شاهد

---

(١) في الأصل : البيع .
(٢) في الأصل : ارفعت .
(٣) في الأصل : لمولها .
(٤) في الأصل : ولاءه .

وامرأتان ، أم يحتاج إلى شاهدين ؟ فيه الخلاف في النجم الأخير ، ويدفع مال المكاتب إلى ورثته الأحرار ، لإقرار السيد أنه مات حراً . ولو أقر السيد في حياة المكاتب بأنه أدى النجوم ، عتق ، وجر إليه ولاء ولده .

الرابعة : كاتب عبدين في صفقتين ، أو صفقة ، وجوزناها ، ثم أقر أنه استوفى نجوم أحدهما ، أو أنه أبرأ أحدهما ، أمر بالبيان ، فإن قال : نسيته ، أمر بالتذكر ، ولا يقرع بينهما ما دام حياً ، وقيل : يقرع ، والصحيح الأول ، فإن بين أحدهما ، فصدقه الآخر ، فذاك ، وإن كذبه وقال : بل استوفيت مني ، أو أبرأتني ، فله تحليف السيد ، فإن حلف ، بقيت كتابته إلى أداء النجوم ، وإن نكل ، حلف المكذب ، وعتق أيضاً . وإن لم يتذكر ، حلف لهما إذا ادعاه . وإذا حلف ، فوجهان ، أحدهما : يبقيان على الكتابة ، ولا يعتق واحد منهما إلا بأداء النجوم ، والثاني : تتحول دعوى المكاتبين ، فإن حلفا على الأداء ، أو نكلا ، بقيا على الكتابة ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر، حكم بعتق الحالف ، وبقي الآخر مكاتباً . ولو بين أحدهما ، فقال الآخر : تؤتيني بالإقرار الذي اتهمته ، ولم يقل : استوفيت مني أو أبرأتني ، قال الإمام : فالأصح أن دعواه مردودة ، لأنه لا يدعي حقاً ثابتاً ، وإنما يدعي إخباراً قد يصدق فيه وقد يكذب ، وقد سبق نظير هذا في الدعاوى . ولو مات السيد قبل البيان ، فهل يقوم الوارث مقامه في البيان ؟ قولان . أحدهما : لا ، بل يقرع ، فمن خرجت قرعته، فهو حر ، وعلى الآخر أداء النجوم ، وله تحليف الوارث على نفي العلم . وأظهرهما : يقوم مقامه ، ولا قرعة ، فإذا بين ، فالحكم كما سبق في بيان المورث ، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم ، فإن قال الوارث : لا أعلم المؤدي ، فلكل واحد تحليفه أنه لا يعلمه أدى ، فإذا حلف لهما ،

فوجهان : أحدهما : يستوفي من كل واحد منهما ما عليه ، كما لو أقر بأن أحد غريميه أوفاه دينه ، ومات قبل البيان ، وحلف الوارث لكل واحد منهما ، فإنه يستوفي الدينين جميعاً . وحكى ابن الصباغ توقف العتق على أداء كل واحد منهما جميع ما عليه ، ثم قال : وعندي أنه إن استوفى المالان ، فقالا : نؤدي ما على أحدنا ، أو اختلفا ، فقالا : نؤدي الأكثر ليعتق ، كان لهما ذلك ، لأنهما بأدائه قد أديا جميع ما عليهما . والوجه الثاني وهو الأصح ، وبه قال القاضي أبو الطيب : يقرع بينهما. هكذا رتب الجمهور المسألة . وقال الإمام والغزالي : لكل واحد من الكاتبين أن يدعي على الوارث توفية النجوم إلى المورث أو إبراءه له، وأن يحلفه على نفي العلم ، فإذا حلف هل يقرع ؟ قولان . أظهرهما : نعم ، فمن خرجت له القرعة ، فهو حر ، وعلى الآخر أداء النجوم . وإن قلنا : لا يقرع ، قال الإمام : الذي يقتضيه القياس التوقف الى الاصطلاح ، أو البيان ، أو بينة ، وينقدح أن يقال : للوارث تعجيزهما، فإنهما ممتنعان من الأداء وأحدهما مكاتب ، وحينئذ فأحدهما حر ، والآخر رقيق ، فيقرع ، والمذهب ما قدمناه عن الجمهور . ولو أقر باستيفاء بعض نجوم أحدهما ، ولم يبين ، فلا قرعة ، لأن العتق لا يحصل به ، بل يوقف الأمر . ولو ادعى أحد المكاتبين على الوارث الأداء أو الإبراء[1] ، فأنكر ، حصل بإنكاره الإقرار للآخر ، قاله الصيدلاني .

قلت : هذا الذي قاله الصيدلاني فيما إذا قال في إنكاره : لست المؤدي . أما إذا قال : لا أعلم ونحوه ، فليس مقراً للآخر بلا شك . والله أعلم

---

(١) في الأصل : الأداء برا .

فروع

من « التهذيب » لو قال السيد : استوفيت ، أو قال المكاتب : أليس قد أوفيتك ، فقال : بلى ، ثم قال المكاتب : وفيتك الجميع • وقال السيد : البعض ، فالمصدق السيد، لأن اللفظ يحتملهما جميعاً • ولو وضع عن المكاتب شيئاً من النجوم ، واختلفا ، فقال السيد : وضعت من النجم الأول ، وقال المكاتب : من الأخير ، أو قال : وضعت بعض النجوم ، فقال المكاتب : بل كلها ، صدق السيد بيمينه • ولو كاتبه على ألف درهم ، فوضع عنه عشرة دنانير ، لم يصح ، فإن قال : أردت قيمة عشرة دنانير من الدراهم ، صح • فلو قال المكاتب : أردت المعنى الثاني ، فأنكر السيد ، صدق السيد • ولو وضع عنه من الدراهم ما يقابل عشرة دنانير ، فهو مجهول عندهما ، ففي صحته وجهان ، بناء على الخلاف فيما لو أوصى بزيادة على الثلث وأجاز الوارث وهو جاهل بالزيادة ، ففي وجه : لا يصح ، ويحمل على أقل ما يتيقن •

الحكم الثالث : تصرفات السيد في المكاتب ، وما يتعلق به ، وتصرف المكاتب ، أما القسم الأول ، ففيه مسائل : إحداها : في صحة بيع السيد رقبة المكاتب ، وهبته قولان ، الأظهر الجديد : بطلانه ، ومنهم من قطع به ، فعلى هذا لو أدى النجوم إلى المشتري بعد البيع ، فهل يعتق ؟ فيه الخلاف الذي نذكره إن شاء الله تعالى فيما لو دفع النجوم إلى مشتري النجوم • ولو استخدمه المشتري مدة ، لزمه أجرة المثل للمكاتب ، وهل على السيد أن يمهله قدر المدة التي كانت[1] في يد المشتري ؟ قولان كما لو استخدمه السيد أو حبسه • وإن قلنا

---

(١) في الأصل : كان .

بالقديم فثلاثة أوجه ، الصحيح : بقاء الكتابة ، وينتقل إلى المشتري مكاتباً ، فإذا أدى إليه النجوم ، عتق، وكان الولاء للمشتري . والثاني: يعتق بالأداء إلى المشتري ، ويكون الولاء للبائع ، ويكون انتقاله بالشراء كانتقاله بالإرث . والثالث : ترتفع الكتابة بالبيع ، فينتقل غير مكاتب ، وهو ضعيف . ولو قال أجنبي لسيد المكاتب : أعتق مكاتبك على كذا ، أو أعتقه عني على كذا ، أو مجاناً ، فهو كقوله : أعتق مستولدتك، وقد سبق في الكفارات، ولا يجوز للسيد بيع ما في يد المكاتب، ولا إعتاق عبيده ، ولا تزويج إمائه .

الثانية : لا يصح بيع السيد نجوم الكتابة التي على المكاتب على المذهب، ولا الاستبدال عنها على الصحيح ، فلو باعها، لم يجز للمكاتب تسليمها إلى المشتري ، ولا للمشتري مطالبته بها ، ويحصل العتق بدفعها إلى السيد . وهل يحصل بدفعها إلى المشتري ؟ قال في « المختصر » : نعم . وفي « الأم » : لا ، فقال الجمهور : قولان . أحدهما : نعم ، لأن للسيد سلطة على القبض ، فأشبه الوكيل وأظهرهما : لا ، لأنه يقبض لنفسه ، حتى لو تلف في يده ، ضمنه ، بخلاف الوكيل ، وقال أبو إسحاق : إن قال عند[1] البيع : خذها منه ، أو قال للمكاتب : ادفعها إليه ، صار وكيلاً ، وعتق بقبضه ، وإن اقتصر على البيع ، فلا . ويقال : إن أبا إسحاق ، عرض هذا الفرق على ابن سريج ، فلم يعبأ به . وقال هو وإن[2] صرح بالإذن ، فإنما يأذن بحكم المعاوضة لا بالوكالة . فإن قلنا : يعتق ، فما أخذه المشتري يعطيه للسيد لأنا جعلناه كتوكيله . وإن قلنا : لا يعتق ، فالسيد يطالب المكاتب ، والمكاتب يسترد من المشتري .

---

(١) في هامش الأصل ، وإحدى نسخ الظاهرية : بعد .
(٢) في الأصل : إن .

الثالثة : السيد معه في المعاملة كأجنبي يبايعه ، ويأخذ ثمنه بالشفعة . فلو ثبت له على سيده دين معاملة ، ولسيده عليه النجوم ، أو دين معاملة ، ففي التقاص الخلاف الآتي في الفرع عقيبه إن شاء الله تعالى .

فرع

في التقاص . إذا ثبت لشخصين كل واحد منهما على صاحبه دين بجهة واحدة أو جهتين ، كسلم وقرض ، أو قرض وثمن ، نظر ، **هل** هما نقدان ، أم لا ؟ وهل هما جنس ، أم لا ؟ فإن كانا جنساً ، واتفقا في الحلول وسائر الصفات ، فأربعة أقوال . أظهرها : يحصل التقاص بنفس ثبوت الدينين . ولا حاجة إلى الرضى ، إذ لا فائدة فيه . والثاني : لا يحصل التقاص . وإن رضيا ، لأنه بيع دين بدين . والثالث : يشترط في التقاص رضاهما . والرابع : يكفي رضى أحدهما . وإن اختلف الدينان في الصفات . كالصحة . والكسر[1] ، والحلول . والتأجيل ، أو قدر الأجل . لم يحصل التقاص ، لاختلاف الأغراض . ولصاحب الحال أن يستوفيه وينتفع به إلى أن يحل ما عليه ، فإن تراضيا على جعل الحال قصاصاً عن المؤجل . لم يجز ، كما في الحوالة . وحكى أبو الفرج الزاز فيهما وجهاً . ولو كانا مؤجلين لأجل واحد ، فهل هما كالحالين ، أم كمؤجلين بأجلين مختلفين ؟ وجهان ، أرجحهما عند الإمام : الأول ، وعند البغوي : الثاني . وإن كانا جنسين : دراهم ، ودنانير ، فلا مقاصة . والطريق : أن يأخذ أحدهما ما على الآخر . ثم إن شاء جعل المأخوذ عوضاً عما عليه . فيرده إليه ، ولا حاجة إلى قبض العوض

(١) في نسخ الظاهرية : والتكسر ، وفي هامش الأصل : نسخة : والتكسير .

الآخر . أما إذا لم يكن الدينان نقدين . فإن كانا جنساً ، فالمذهب أنه لاتقاص . وبه قطع جمهور العراقيين . وغيرهم . وقيل : هو على الأقوال . وقيل : إن كانا من ذوات الأمثال . فعلى الأقوال ، وإلا ، فلا تقاص قطعاً وإن كانا جنسين ، فلا تقاص قطعاً وإن تراضيا ، بل إن كانا عرضين ، فليقبض كل واحد ما على الآخر ، فإن قبض أحدهما ، لم يجز رده عوضاً عن المستحق للمردود عليه ، لأنه بيع عرض قبل القبض ، إلا أن يكون ذلك العرض مستحقاً بقرض أو إتلاف ، لا بعقد . وإن كان أحدهما عرضاً . والآخر نقداً . فإن قبض مستحق العرض العرض . ورده عوضاً عن النقد المستحق عليه [جاز وإن قبض مستحق النقد النقد ، ورده عوضاً عن العرض المستحق عليه][1] لم يجز ، إلا أن يكون العرض مستحقاً بقرض أو إتلاف . هكذا ذكر ابن الصباغ والروياني وغيرهما . وغيرهما . وإذا حصل التقاص بين السيد والمكاتب ، وبرىء المكاتب عن النجوم ، عتق كما لو أداها .

قلت : فإذا قلنا : لايتقاصان ، ولم يبدأ أحدهما بتسليم ماعليه، حبس حتى يسلما ، ذكره صاحب « الشامل » وغيره . **والله أعلم**

الرابعة : إذا أوصى السيد بالمكاتب ، صحت الوصية على القديم الذي نصحح بيعه ، ولا يصح على الجديد . فعلى هذا لو قال : إن عجز مكاتبي، وعاد إلى الرق ، فقد أوصيت به لفلان ، فوجهان، أحدهما: لايصح اعتباراً بحال التعليق ، وكما لو قال : إن[2] ملكت عبد فلان ، فهو حر . والثاني وهو الصحيح وبه قطع الجمهور : تصح الوصية كما لو أوصى بثمرة نخلته ، وحمل جاريته ، وكما لو قال : إن ملكت عبد

---

(١) ما بين القوسين زيادة ليست في نسخ الظاهرية .
(٢) في الأصل : إلا إن .

فلان ، فقد أوصيت به . فإن قلنا بالصحيح ، فعجز . وأراد الوارث إنظاره ، فللموصى له تعجيزه . وليأخذه ، وإنما يعجزه بالرفع إلى الحاكم ، كما سبق في المجني عليه • ولو أوصى بالنجوم التي عليه ، صحت وإن لم تكن مستقرة ، كما تصح الوصية بالحمل • وإن لم يكن مملوكاً في الحال ، فإن أداها ، فهي للموصى له. وولاء المكاتب للسيد• وإن عجز ، فللوارث تعجيزه ، وفسخ الكتابة • وإن أنظره الموصى له، فهل للموصى له إبراؤه عن النجوم ؟ فيه احتمالان لابن كج والقاضي حسين • ولو أوصى لواحد برقبته إن عجز ولآخر بالنجوم ، صحت الوصيتان ، فإن أدى المال ، بطلت الأولى • وإن رق ، بطلت الثانية • ولو أوصى لرجل بما يعجله المكاتب . فلم يعجل ، وأدى النجوم في محلها ، بطلت الوصية ، ولا يجبر على التعجيل لتنفيد[1] الوصية • هذا كله في الكتابة الصحيحة ، أما إن كاتبه كتابة فاسدة . ثم أوصى برقبته ، فإن كان عالماً بفساد الكتابة . صحت الوصية • قال الصيدلاني وغيره : وتتضمن الوصية فسخ الكتابة • وإن كان يظن صحتها ، فقولان ، أحدهما : لاتصح الوصية ، لأنه أوصى معتقداً بطلان الوصية وأظهرهما : تصح اعتباراً بحقيقة الحال • ومنهم من طرد القولين فيما لو كان عالماً بفساد الكتابة ، لأن الفاسدة [كالصحيحة في حصول العتق] وغيره ، بخلاف ما لو باع بيعاً فاسداً ، ثم أوصى بالمبيع وهو عالم بفساد البيع ، فإنه يصح قولاً واحداً ، لأن البيع الفاسد ليس كالصحيح • وأما إذا أوصى بالمبيع جاهلاً بفساد البيع ، فهو على القولين • ولو باع المكاتب كتابة فاسدة ، أو المبيع بيعاً فاسداً ، [أو وهب] ، أو رهن وهو جاهل بالفساد ، فقيل : فيه القولان • وقيل : يبطل قطعاً ، بخلاف الوصية ، لأنها تحتمل الغرر • والخلاف

---

(١) في الأصل : لتنفذ .

في هذا [كله] كالخلاف فيمن باع مال أبيه ظاناً أنه حي فكان ميتاً . وفي معناها . ما إذا وكل رجلاً بشراء عبد . ثم باعه وهو لايعلم أن الوكيل اشتراه له . أو باع مال اليتيم وهو لايعلم أن أباه جعله وصياً له . فبان أنه جعله .

الخامسة : الوصية بوضع[1] النجوم عن المكاتب صحيحة معتبرة من الثلث . فلو قال : ضعوا عنه ما عليه من النجوم أو كتابته. فمقتضاه وضع النجوم[2] . فلو قال : نجماً من نجومه . فالاختيار للوارث يضع ما شاء أقلها أو أكثرها.أولها . أو آخرها.أو أوسطها .وكذا لو قال:ضعوا عنه ما قل أو كثر . أو ماخف وثقل . ولو قال : ضعوا عنه ما شاء من نجوم الكتابة . فشاء وضع الجميع . لم يوضع الجميع . بل يبقى أقل ما يتمول . لأن « من » للتبعيض[3] . ولو اقتصر على قوله : ضعوا عنه ما شاء [فشاء] الجميع . فقيل بوضع الجميع . والصحيح المنصوص : أنه يبقى شيء كالصورة السابقة . ولو قال : ضعوا عنه أكثر ما عليه . أو أكثر ما بقي عليه. وضع نصف ما عليه وزيادة . وتقدير الزيادة إلى اختيار الوارث . ولو قال : ضعوا عنه أكثر مما عليه . أو ما عليه وأكثر . وضع عنه الجميع . ولغا ذكر الزيادة . ولو كانت عليه نجوم مختلفة الأقدار والآجال. فقال : ضعوا عنه أكثر النجوم أو أكبرها. روعي القدر . وإن قال : أطولها وأقصرها . روعيت المدة . وإن قال : أوسط النجوم . فهذا يحتمل الأوسط في القدر . وفي الأجل وفي العدد . فإن اختلفت النجوم فيها جميعاً . فللورثة تعيين ما شاؤوا . فإن زعم المكاتب أنه أراد غيرهم . حلفهم على نفي العلم . وإن تساوت في القدر

---

(1) في الأصل : موضع .
(2) في نسخ الظاهرية : الجميع .
(3) في الأصل : التعبيض .

والأجل ، حملت على العدد ، فإذا كان العدد وتراً ، كالثلاثة والخمسة، فالأوسط واحد • وإن كان شفعاً ، فالأوسط اثنان ، كالثاني والثالث من أربعة ، فيعين الوارث أحدهما . هكذا قال ابن الصباغ وغيره • ويجوز أن يقال : الأوسط كلاهما . فيوضعان ، وهذا مقتضى ما في « التهذيب » •

فرع

أوصى بكتابة عبد بعد موته ، فلم يرغب العبد في الكتابة ، تعذر تنفيذ الوصية ، ولا يكاتب بدله آخر ، كما لو أوصى لزيد بمال فلم يقبل ، فلا يصرف إلى غيره • وإن رغب ، فإن خرج كله من الثلث ، كوتب ثم [إن] عين مال الكتابة، كوتب على ما عينه ، وإلا ، فعلى ماجرت به العادة • والعادة أن يكاتب العبد على ما فوق قيمته • وإن لم يخرج كله من الثلث ، فلم يجز الوارث . فقيل : كتابة القدر الذي يخرج من الثلث يكون على الخلاف في كتابة بعض العبد ، والمذهب أنه يكاتب ذلك القدر ، ويصح بلا خلاف ، ولا يبالي بالتبعيض إذا أفضت الوصية إليه ، وإذا كوتب بعضه ، وأدى النجوم ، عتق ، وولاؤه للموصي ، والباقي رقيق ، فإن أجاز الوارث كتابة كله ، وعتق بأداء النجوم ، فولاء الجميع للموصي إن جعلنا الإجازة تنفيذاً ، وإلا فولاء مازاد على القدر الخارج من الثلث للوارث • ولو قال : كاتبوا أحد عبيدي ، لم يكاتب أمة ، ولا خنثى مشكل • وهل يكاتب خنثى ظهرت ذكورته ؟ فيه طريقان • المذهب : نعم • والثاني : قولان ، لبعده عن الفهم عند الاطلاق • ولو قال : كاتبوا إحدى[1] إمائي ، لم يكاتب المشكل ، فإن ظهرت أنوثتها ، فعلى الطريقين • ولو قال : أحد رقيقي ، جاز العبد والأمة ، وجاز المشكل على المشهور •

---

(١) في الأصل : أحد .

فصـل

وأما تصرفات المكاتب ، فهو كالحر في معظمها ، فيبيع ويشتري ، ويؤجر ويستأجر ، ويأخذ بالشفعة ، ويقبل الهبة والوصية ، والصدقة، ويصطاد ويحتطب ، ويؤدب عبيده إصلاحاً للمال ، كما يقصدهم ويختنهم • وفي إقامته الحدود عليهم خلاف سبق في الحدود • ولو أجر نفسه أو عبيده أو أمواله ، فعجزه السيد في المدة ، انفسخ العقد • وقيل : لا يجوز أن تزيد مدة الإجارة على مدة النجوم ، ولا يصح منه تصرف فيه تبرع أو خطر • هذا هو القول الجملي فيه ، وفي تفصيله صور •

إحداها : لايصح إعتاقه ولا إبراؤه عن دين ولا هبة مجاناً ، ولا بشرط الثواب ، لأن في قدر الثواب خلافاً[1] ، فقد يحكم القاضي بقليل • وإن شرط فيها ثواباً معلوماً ، ولم يكن [فيه] غبن[2] وقلنا : هذه الهبة بيع ، ولا يشترط في ثبوت الملك الإقباض ، فهي جارية على قياس البيوع ، وكذا إن شرطنا الإقباض ، صحت الهبة ، لكن لايسلمها حتى يقبض العوض •

الثانية : قال الشيخ أبو محمد : لا يحل له التبسط[3] في الملابس والمآكل ، ولا يكلف فيها التقتير المفرط •

الثالثة : ليس له دفع المال إلى غيره قراضاً ، لأنه قد يخون أو يموت فيضيع • وله أن يأخذه إقراضاً ، لأنه أكساب ، وليس له أن يقرض ، وله أن يقترض ، وليس له تعجيل دين مؤجل •

---

(١) في الأصل : خلاف .

(٢) في الأصل : ولم يكن عين .

(٣) في الأصل : البسط .

الرابعة : ليس له شراء أحد من أصوله وفروعه ، لتضمنه العتق . فلو وهب له قريبه ، أو أوصى له به ، فإن لم يقدر على الكسب لهرم أو زمانة ، وعجز ، وكان بحيث يلزمه نفقته ، لم يجز قبوله . وقيل : يجوز قبول الزمن ، وهو ضعيف . وإن كان كسوباً يقوم بكفاية نفسه، استحب قبوله ، إذ لا ضرر فيه ، ثم لا يعتق عليه لضعف ملكه ، بل يكاتب عليه ، فيعتق بعتقه ، ويرق برقه ، وليس له بيعه . وعن ابن أبي هريرة : أنه يجوز بيعه . قال الشيخ أبو علي : هذا غلط ، وتكون نفقته في كسبه ، وما فضل ، فللمكاتب أن يستعين به في أداء النجوم ، فإن مرض أو عجز ، أنفق المكاتب عليه ، لأنه من صلاح ملكه ، فإن جنى ، بيع في الجناية ، وليس للمكاتب أن يفديه ، بخلاف ما إذا جنى عبده ، له أن يفديه ، لأن الرقبة تبقى له يصرفها في النجوم .

الخامسة : ليس له الشراء بالمحاباة ، ولا البيع بالغبن ، ولا بالنسيئة . ولو استوثق برهن وكفيل ، فلو باع ما يساوي مائة بمائة نقداً ، أو مائة نسيئة ، جاز ولو اشترى نسيئة بثمن النقد ، جاز ، ولا يرهن به ، لأنه قد يتلف الرهن . وإن اشتراه بثمن نسيئة ، لم يجز . ذكره البغوي لما فيه من التبرع ، وذكره الروياني في « جمع الجوامع » أنه يجوز ، إذ لا غبن . وقد سبق في كتاب الرهن حكاية وجه أن المكاتب كولي الطفل في البيع نسيئة ، والرهن والارتهان ، والصحيح الذي عليه الجمهور الفرق .

السادسة : إذا باع أو اشترى ، لم يسلم ما في يده حتى يتسلم العوض ، لأن رفع اليد عن المال بلا عوض نوع غرر ، وكذا ليس له السلم ، لأنه يقتضي تسليم رأس المال في المجلس ، وانتظار المسلم فيه، لاسيما إن كان سلماً مؤجلاً . وقيل : يجوز [السلم حالاً ، ويسلم رأس المال ، ثم يتسلم المسلم فيه في المجلس . وقيل : يجوز] مطلقاً بشرط الغبطة ، والصحيح الأول .

السابعة : ليس له أن يكاتب عبده ، فلو[1] كاتبه ، فأدى المال ، لم يعتق لأن تعليقه غير صحيح ، ولا يتزوج ، ولا يزوج عبده ، لما فيه من المؤن ، ولا يتزوج المكاتبة ، لأن ذلك ينقصها . وله شراء الجواري للتجارة ، ولا يجوز له التسري[2] خوفاً من هلاك الجارية في الطلق ، ولضعف الملك . وقال الشيخ أبو محمد : لايبعد إجراء الوجهين في وطء من يؤمن حبلها ، كما في المرهونة . قال الإمام : هذا غير مرضي .

الثامنة : إذا لزم المكاتب كفارة قتل أو ظهار ، أو وطيء[3] في نهار رمضان ، أو يمين ، كفر بالصوم ، دون المال ، لأن ملكه ليس بتمام ، وهو مستحق لجهة الكتابة .

فرع

جميع ما منعناه في هذه الصور ، مفروض فيما إذا لم يأذن له السيد ، فإن أذن فسنذكره[4] عقيبه إن شاء الله تعالى .

فرع

وصية المكاتب باطلة ، سواء أوصى بعين أو ثلث ماله ، لأن ملكه غير تمام .

فصل

تبرعات المكاتب وتصرفاته المحظرة كالهبة والإبراء والإنفاق على الأقارب ، والإقراض والقراض والبيع بمحاباة وبنسيئة[5] ، وتعجيل

---

(١) في الأصل : فهو .
(٢) في الأصل : الشراء .
(٣) الأصل : ووطيء .
(٤) في الأصل : فنذكره .
(٥) في الأصل : بنسيئة .

المؤجل ونحوها ، إن جرت بإذن السيد ، فمنقول المزني والمنصوص في « الأم » صحتها . ونقل الربيع قولاً آخر بالمنع . ونص أن اختلاع المكاتب بالإذن لايجوز ، فقال الجمهور : في الجميع قولان . أظهرهما: الصحة . وقيل : يصح ما سوى الخلع قطعاً ، ولا يصح هو . وعن ابن سلمة القطع بصحة الخلع أيضاً . ولو وهب للسيد أو لابنه الصغير ، فقبل له السيد ، أو أقرضه ، أو باعه نسيئة أو بمحاباة أو عجل لـه ديناً مؤجلاً غير النجوم ، فالمذهب أنه على الخلاف فيما إذا وهب لغيره بإذنه . وقيل : يصح قطعاً ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأن للمكاتب أن يعجز نفسه ، فيجعل جميع ما في يده لسيده ، فجواز الهبة أولى . ولو وهب بإذن السيد ، فرجع عن الإذن قبل إقباض الموهوب ، لم يكن له إقباضه . ولو اشترى قريبه بإذن السيد ، ففي صحته القولان في الهبة . فإن صححناه ، يكاتب عليه . وعن أبي إسحاق : القطع [بالصحة] ، لأنه قد يستفيد(٣) من أكسابه ، وفيه صلة الرحم. ولو أعتق المكاتب عبده عن سيده ، أو عن غيره بإذنه ، فهو كتبرعه بالإذن . ولو أعتق عن نفسه بإذن السيد ، لايصح على المذهب ، لتضمنه الولاء ، والمكاتب ليس أهلاً لثبوت الولاء له ، كالقن ، فإن صححناه ، فلمن يكون ولاء العتيق ؟ قولان ، أحدهما : للسيد ، لأن المكاتب ليس أهلاً للولاء ، ووقف الولاء بعيد ، وأظهرهما : يوقف ، لأن الولاء لمن أعتق ، والسيد لم يعتق ، فإن عتق المكاتب ، كان له ، وإن مات رقيقاً ، كان لسيده ، وإن عجزه ، ورق ، فحكى الإمام أنه يبقى التوقف ، لأنه يرجى عتقه من جهة أخرى . والصحيح الذي قطع به الأصحاب أن يكون للسيد بلا توقف ، لانقطاع الكتابة ، فإن جعلنا الولاء للسيد ، فعتق المكاتب بعد ذلك ، ففي انجرار الولاء إليه وجهان، حكاهما أبو علي الطبري وصاحب « التقريب » أصحهما : المنع ، وكأن

---

(٣) في الأصل : لايستفيد .

السيد أعتقه . وإن قلنا بالتوقف ، فمات العتيق قبل موت المكاتب وعوده إلى الرق ، فهل يوقف الميراث أيضاً ، أم يكون للسيد ، أم لبيت المال ؟ أقوال . أظهرها : الأول . ولو كاتب المكاتب عبده بإذن السيد، فهو كتنجيز العتق ، نص عليه في « المختصر » ، وقاله الأصحاب ، فيعود الطريقان في صحة الكتابة . والقولان في الولاء تفريعاً على الصحة إذا عتق المكاتب الثاني قبل الأول . وإن عتق الأول ثم الثاني ، فولاء الثاني للأول . وفي نكاح المكاتب بإذن السيد طريقان .أحدهما: قولان ، كتبرعه ، لأنه يبذل المهر والنفقة لا في مقابلة مال . والثاني . وهو المذهب عند الجمهور : القطع بالصحة ، لأنه إذا صح نكاح القن بالإذن ، فالمكاتب أولى ، لأنه أحسن حالاً منه ، ولأنه يحتاج إليه للتحصين وغيره ، بخلاف الهبة ونحوها . وتزويج المكاتبة بإذنها صحيح على الصحيح . وقال القفال : لاتزوج أصلاً ، لضعف ملك السيد ونقصها ، فلا يؤثر إذنها . ولو أذن السيد للمكاتب في التسري بجارية، لم يصح على المذهب . ولو أذن له في التكفير بالإطعام أو بالكسوة ، فقولان . ولو أذن في التكفير بالإعتاق ، لم يجزئه على المذهب .

فرع

اشترى المكاتب من يعتق على سيده ، أو أوصى له به ، فقبل ، صح ، وملكه المكاتب . فإن رق المكاتب ، صار القريب للسيد ، وعتق عليه . ولو اشترى بعضه ، أو اتهبه ، أو قبل الوصية به ، صح أيضاً . وإذا رق ، عتق ذلك الشقص على السيد . وهل يسري إلى الباقي ؟ إن كان السيد موسراً ، ينظر[1] إن عجز المكاتب نفسه بغير اختيار السيد ، لم يسر ، كما لو ورث بعض قريبه . وإن عجزه السيد ، فوجهان ، لأن المقصود فسخ الكتابة ، والملك يحصل قهراً . ولو اتهب

(١) في الأصل : انتظر .

العبد القن من يعتق على سيده بغير إذن ، بني على أن اتهابه بغير إذن السيد ، هل ينفذ ؟ وفيه خلاف سبق • إن قلنا : لا ، فلا كلام • وإن قلنا : نعم وهو الصحيح ، فإن خيف وجوب النفقة على السيد في الحال ، فإن اتهب زمناً والسيد موسر ، لم يصح قبوله [لأن فيه] إضراراً بالسيد • وإن لم تجب النفقة في الحال ، لكون القريب كسوباً ، أو السيد فقيراً ، صح القبول ، وعتق الموهوب على السيد • ولو اتهب بعض من يعتق على السيد بغير إذنه . وصححنا اتهابه بغير إذنه ، ولم يتعلق به لزوم النفقة ، صح القبول على الأظهر ، ولا يسري . لحصول الملك قهراً • والثاني : لا يصح • قال الشيخ أبو علي : وخرج ابن سريج على هذين القولين . ما إذا اشترى المريض أباه بألف لا يملك غيره ، وعليه دين مستغرق ، ففي قول : لا يصح الشراء ، لأنه لو صح ، لعتق ، وبطل حق الغرماء • وفي الثاني : يصح ، ولا يعتق ويباع في ديونهم • وفي « الوسيط » وجه أن يصح ، ويعتق ويسري ، ويجعل اختيار العبد كاختياره . كما جعل قبوله كقبوله • ولم أجد هذا الوجه في «النهاية» وإذا صححنا اتهاب القن بغير إذن سيده ، دخل الموهوب في ملك السيد . قهراً[1] كما لو احتطب • وهل للسيد رده بعد قبول السيد ؟ وجهان • أحدهما : نعم . لأن[2] تمليك الرشيد قهراً ، بعيد[3] • وأصحهما : المنع ، كالملك بالاحتطاب ، فعلى الأول ، هل ينقطع ملكه من وقت الرد ، أم يتبين أنه لم يدخل في ملكه ؟ وجهان وفائدتهما ، لو كان الموهوب عبداً ، ووقع هلال شوال بين قبول العبد ورد السيد في الفطرة •

---

(١) في الأصل : فهو .

(٢) في الأصل : لأنه .

(٣) في الأصل : فهذا بعيد .

فرع

وهب المكاتب بعض ابنه ، فقبله ، وصححنا قبوله ، فعتق المكاتب، عتق عليه ذلك الشقص . وهل يقوم الباقي عليه إن كان موسراً ؟ وجهان ، أصحهما : نعم ، قاله ابن الحداد ، وصححه الشيخ أبو علي ، ومنعه القفال .

فرع

اشترى المكاتب ابن سيده ، ثم باعه بأبي السيد ، صح ، وملك الأب ، فإن رق المكاتب ، صار الأب ملكاً للسيد ، وعتق عليه ، فإن وجد به عيباً ، لم يكن له الرد . وله الأرش . وهو جزء من الثمن ، فإن نقص[1] العين عشر قيمة الأب ، رجع بعشر الابن الذي هو الثمن، ويعتق ذلك العشر ، ولا يقوم الباقي على السيد إن كان المكاتب عجز نفسه ، وكذا إن عجزه سيده على الأصح[2] .

فرع

ذكرنا أنه لايجوز للمكاتب وطء أمته بغير إذن سيده ، ولا بإذنه على المذهب . فلو وطيء . فلا حد ، ولا مهر ، لأنه لو ثبت مهر[3] لكان له ، فإن أولدها ، فالولد نسيب ، فإن ولدته وهو مكاتب بعد ، فهو ملكه لأنه ولد أمته ، لكن لايملك بيعه ، لأنه ولده ، ولا يعتق عليه ، لضعف ملكه ، بل يتوقف عتقه على عتق المكاتب ، إن عتق ،

---

(١) في الأصل : بعض .

(٢) العبارة في الأصل هكذا : ولا يقوم الباقي على السيد ، وكذا إن عجزه سيده على الأصح إن كان المكاتب عجزه على الأصح . وهي غير صحيحة .

(٣) في الأصل : مهراً .

عتق ، وإلا ، رق ، وصار للسيد ، ولا تصير الأمة مستولدة [له] في الحال على المذهب ؛ لأنها علقت بمملوك ، فأشبهت الأمة المنكوحة ؛ وحق الحرية للولد لم يثبت بالاستيلاد في الملك ؛ بل لمصيره ملكاً لأبيه ، كما لو ملكه بهبة ، فإن عتق ؛ ففي مصيرها أم ولد قولان • فإن قلنا : يثبت الاستيلاد في الحال ، فإن عتق المكاتب ، استقر الاستيلاد ، وإن عجز ، رقت مع الولد للسيد ؛ فإن عتق المكاتب بعد ذلك ، وملكها ، لم تصر مستولدة له ؛ لأن بالعجز تبين[1] أنها علقت برقيق ؛ وأن لا استيلاد • وإن قلنا : لايثبت ؛ فإن عجز ، ثم عتق وملكها ، لم تصر مستولدة له ؛ وإن أعتق[2] بأداء النجوم ؛ فكذلك على المذهب • وقال أبو إسحاق : قولان ؛ كما لو استولد مرهونته ، وبيعت ثم ملكها ؛ والفرق أن العلوق هنا بمملوك هذا كله إذا ولدت وهو بعد مكاتب ، فإن ولدت بعد عتقه ؛ فإن كان لدون ستة أشهر من حين العتق ؛ فكذلك الحكم ؛ لأن العلوق وقع في الرق ؛ وإن كان لستة أشهر فأكثر [من] يومئذ . فقد أطلق الشافعي أنها تصير مستولدة • وللأصحاب طريقان • أصحهما : أن هذا إذا وطىء بعد الحرية ؛ وولدت لستة أشهر فصاعداً من حين الوطء لظهور العلوق بعد الحرية والولد والحالة هذه لاولاء عليه إلا بالولاء على أبيه ؛ ولا ينظر إلى احتمال العلوق في الرق[3] تغليباً للحرية • فأما إذا لم يطأها بعد الحرية ؛ فالاستيلاد على الخلاف • والثاني : يثبت الاستيلاد . وطىء بعد [الحرية] أم لا ؛ لأنها كانت فراشاً قبل الحرية والفراش مستدام بعدها ؛ وإمكان العلوق بعدها قائم ؛ فيكتفى به •

---

(١) في الأصل : بالتعجيز .
(٢) في الأصل : وعتق .
(٣) في الأصل : الحرلرق .

الحكم الرابع : في ولد المكاتبة :

فإذا كاتب أمة لها ولد ، فالولد باق على ملك السيد ، فإن شرط دخوله في عقد الكتابة فسدت. فإن أدت عتق الولد أيضاً بموجب التعليق . وإن كان في يدها مال . وشرط أن يكون المال لها ، فهو جمع بين البيع والكتابة بعوض واحد . وإن كانت حاملاً . وتيقنا الحمل بانفصاله لدون ستة أشهر ، فإن قلنا : الحمل لا يعرف . فهو كالولد الحادث بعد الكتابة ، وسنذكره إن شاء الله تعالى قريباً . فإن قلنا : يعرف . فوجهان . أصحهما : أن عقد الكتابة متوجهة إليهما ، فإذا عتقت ، عتق . والثاني : لا يثبت للولد كتابة . وإن حدث الولد بعد الكتابة ، فإن كان من السيد . فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن كان من أجنبي بزنا أو نكاح . فهل ثبتت له الكتابة ؟ قولان . أظهرهما وأحبهما إلى الشافعي وهو نصه في « المختصر » : تثبت . فيعتق بعتق[1] الأم بالأداء أو الإبراء أو الإعتاق. وقطع أبو إسحاق بهذا القول . وقال : إذا اختاره الشافعي كان الآخر ساقطاً . واتفق الأصحاب على أنه لا يدخل في الكتابة ، ولا يطالبه بشيء من النجوم . لأنه لم يوجد منه التزام . ولو عجزت المكاتبة . أو ماتت . بطلت الكتابة . وكان الولد رقيقاً للسيد بلا خلاف . ولو فسخت الكتابة . ثم عتقت . لم يعتق الولد قطعاً . لأنه إنما يعتق بعتقها الجهة الكتابة . فإن قلنا : لا يثبت الولد حكم الكتابة . فهو قن ، للسيد بيعه وإعتاقه عن الكفارة ، والوطء إن كان الولد أمة . ولا يعتق بعتق الأم . وإن قلنا : يثبت . فحق الملك فيه لمن [هو] فيه قولان . أظهرهما عند الشافعي رضي الله عنه : أنه للسيد . كما أن حق الملك في الأم له . وكولد أم الولد . والثاني : أنه للمكاتبة ، لأنه يتكاتب عليها ، ولأنه لو كان للسيد لما عتق بعتقها . ويتفرع على القولين صور .

(1) في الأصل : ونعتق .

منها : إذا قتل الولد ، فعلى القول الأول : القيمة للسيد ، وعلى الثاني : للمكاتب . وقيل : للسيد أيضاً .

ومنها : كسب الولد وأرش الجناية على أطرافه ، ومهر وطء الشبهة إن قلنا بالقول الثاني ، فهي للأم يستعين بها في كتابتها ، ويصرف ما يحصل إليها يوماً يوماً[1] بلا توقف . وإن قلنا بالأول ، فوجهان . أحدهما : يصرف إلى السيد بلا توقف ، كما تصرف إليه القيمة . والصحيح : التوقف ، فإن عتقت ، وعتق الولد ، فهي له ، وإلا ، فللسيد . فلو أرقت نفسها مع القدرة على أداء النجوم ، فقال الولد : أنا أؤدي نجومها من كسبي لتعتق ، فأعتق ، قال الإمام : لا يمكن منه ، لأنه تابع لا اختيار له في العتق . وإن عجزت ، فأرادت أن تأخذ من كسب ولدها الموقوف ، وتستعين [به] في أداء النجوم ، فهل تجاب ؟ قولان أظهرهما : المنع ، إذ لا حق لها في كسبه ، فإن مات الولد في مدة التوقف ، صرف الموقوف إلى السيد .

ومنها : نفقة الولد ، وهي على السيد . إن قلنا : يصرف الكسب إليه في الحال . وإن قلنا : يوقف ، أنفق عليه من كسبه ، ويعالج جرحه ، ويكفي مؤوناته ، فما فضل فهو الذي يوقف ، فإن لم يكن له كسب ، أو لم يف بالنفقة ، فالنفقة على السيد على الأصح ، لأن الملك له . وقيل : في بيت المال ، لأن تكليفه النفقة بلا كسب إجحاف به . وإن قلنا : الكسب للأم ، فالنفقة عليها .

ومنها : لو أعتق السيد الولد ، فإن قلنا : الملك له ، وإن الكسب يصرف إليه في الحال ، أو قلنا : يوقف ومنعناها[2] من أخذه لأداء النجوم . نفذ إعتاقه ، وإن جوزنا لها الاستعانة بالموقوف ، لم ينفذ

---

(١) في الأصل : يوماً بيوم .
(٢) في الأصل : ومعناها .

إعتاقه على الأصح ، لئلا ينقطع حقها من كسبه . وإن قلنا : الملك لها ؛ لم ينفذ إعتاقه .

فرع

لو رق الولد برق الأم ، فكسبه للسيد ، سواء قلنا : الملك فيه للسيد ، أم للأم .

فرع

ولد المكاتب من جاريته ، حق الملك فيه للمكاتب قطعاً . فيصرف كسبه إليه ، ولا ينفذ إعتاق السيد فيه ، ونفقته على المكاتب . لأنه ولد أمته ، وهي ملكه . ولو ولدت أمته من نكاح أو زنى ؛ فهم عبيده كسائر أكسابه ، فكذا هذا الولد ، إلا أنه لا يتبعه . بل يتكاتب[1] عليه بالقرابة ؛ فيعتق بعتقه ، ويرق برقه . وإذا عتق المكاتب . وتبعه هذا الولد وله كسب ، فكسبه للمكاتب ؛ لا للولد . ولو جنى هذا الولد ، وتعلق الأرش برقبته ؛ فقد حكى الإمام عن العراقيين : أنه إن كان له كسب ، فله أن يفديه من كسبه ، وإلا ؛ فله أن يبيعه كله وإن زاد على قدر الأرش ، ثم يصرف قدر الأرش إلى المجني عليه ، ويأخذ الباقي ، ثم غلط الإمام من صار إليه ، وقال : الصحيح أنه لا يفدي ولده ، لأن[2] كسب الولد كسائر أموال المكاتب ، والفداء كالشراء ؛ وليس له صرف المال الذي يملك التصرف فيه إلى غرض ولده الذي لا يملك التصرف فيه ، لأنه [تبرع] قال : والصحيح أنه إن باع لا يبيع[3] إلا قدر الأرش كما لا يباع من المرهون إذا جنى إلا قدر الأرش . وإذا

---

(١) في الأصل : ولا يتكاتب .
(٢) في الأصل : لأنه .
(٣) في الأصل : لايتبع

فداه ، لا ينفذ تصرفه فيه ، بل يتكاتب عليه ، كما لا ينفذ إذا اشتراه .

وولد المكاتبة من عبدها يشبه أن يكون كولد المكاتب من جاريته .

فرع

اختلف السيد والمكاتب في ولدها ، وقال : ولدته قبل الكتابة ، فهو رقيق ، وقالت : بعدها ، وقد يكاتب تفريعاً على الأظهر ، وكل واحد من الأمرين محتمل ، فإن كان بينة ، قضي بها . قال البغوي : ولو أقام السيد أربع نسوة ، قبلن ، لأنها شهادة على الولادة ، ويثبت الملك ضمناً . وإن أقاما بينتين ، تعارضتا . وإن لم يكن بينة ، صدق السيد بيمينه ، لأنه اختلاف في وقت الكتابة ، فصدق فيه كأصلها .

فرع

زوج عبده بأمته [ثم كاتبه] ثم باعها له . وولدت ، فقال السيد: ولدت قبل الكتابة ، فهو قن لي . وقال المكاتب : بعد الشراء ، وقد تكاتب ، صدق [المكاتب] بيمينه ، بخلاف ما سبق في الفرع قبله ، لأن المكاتب هنا يدعي ملك الولد ، كما سبق أن ولد أمته ملكه ، ويده مقرة على هذا الولد ، وهي تدل على الملك والمكاتبة هناك[1] لا تدعي الملك ، بل تدعي ثبوت حكم الكتابة فيه .

فرع

حكى الصيدلاني : أن الشافعي رحمه الله قال : لو أتت المكاتبة بولدين أحدهما : قبل الكتابة ، والآخر : بعدها[2] ، فهما للسيد ،

---

(١) في الأصل : هنا .
(٢) في الأصل : بعدهما .

لأنه حمل واحد ، وكذا لو أتت بأحدهما لدون ستة أشهر من حين ملكها ، وبالآخر لأكثر ، فهما للسيد • وإن أبا زيد أفتى بذلك ، والصحيح أن كلام الشافعي مؤول ، وأن الحمل يتبع الأم في البيع كيف كان ، حتى لو وضعت ولداً وفي بطنها آخر ، فباعها ، فالولد الثاني مبيع معها ، والأول للبائع ، وهذا[1] ما ذكره البغوي •

فصل

السيد ممنوع من وطء المكاتبة لاختلال ملكه ، فإن شرط في الكتابة أن يطأها ، فسد العقد ، فإن وطىء ، فلا حد وإن علم التحريم للشبهة ، وفي قول : يحد العالم ، والمشهور الأول ، لكن يعزر[2] على الصحيح هو وهي ، ويجب المهر مع العلم والجهل • وقيل : إن طاوعته ، فلا مهر ، والصحيح الأول ، وهو نصه في « الأم » وإذا وجب المهر ، فلها أخذه في الحال ، فإن حل عليها نجم ، وهما من جنس ، فعلى أقوال التقاص • وإن عجزت قبل أخذه ، سقط • وإن عتقت بالأداء ، فلها المطالبة • ولو أولدها ، فالولد حر ، لأنها علقت به في ملكه ، وتصير مستولدة • وهل يلزمه قيمة الولد ؟ إن قلنا : ولد المكاتبة قن للسيد ، أو قلنا : يتكاتب وحق الملك فيه للسيد ، فلا شيء عليه ، كما لو قتل ولد المكاتبة • وإن قلنا : الحق لها ، لزمه لها القيمة ، فإن عجزت قبل الأخذ ، سقطت ، وإن عتقت ، أخذتها ، وإن ولدت بعدما عجزت ، ورقت ، فلا شيء لها ، وكذا لو ولدت بعد ما عتقت ، فإن عجزت ثم مات السيد ، عتقت بالاستيلاد ، والأولاد الحادثون بعد الاستيلاد من نكاح أو زنى ، يتبعونها ، والحاصلون قبلها ، أرقاء للسيد • وإن مات

---

(١) في الأصل : وكذا .
(٢) في الأصل : ويعذر .

السيد قبل عجزها ، عتقت • قال البغوي : ويتبعها كسبها • وهل يعتق عن الكتابة ، أم عن الاستيلاد ؟ وجهان • أصحهما : الأول ، كما لو أعتق السيد المكاتب ، أو ابرأه عن النجوم ، فعلى هذا الأولاد الحادثون بعد الكتابة وقبل الاستيلاد ، هل يتبعونها ؟ فيه الخلاف السابق • وأجري هذا الخلاف فيما لو علق عتق المكاتب بصفة ، فوجدت قبل أداء النجوم ، وفيما إذا تقدم الاستيلاد على الكتابة • قال البغوي : وإذا استولد ، ثم كاتب ، وأدت النجوم ، فالكسب الحاصل بعد الكتابة يتبعها ، والحاصل قبلها للسيد ، والأولاد الحاصلون بعد الاستيلاد يتبعونها ، وهذا مبني على صحة كتابة المستولدة ، وقد سبق فيه خلاف •

فرع

ليس للسيد وطء أمة مكاتبه أو مكاتبته . فإن وطىء ، فلا حد . للشبهة ، لأنه يملك سيدها ، ويلزمه المهر للمكاتب • وإن أولدها ، فالولد حر نسيب ، وتصير الأمة مستولدة له • قال في « الشامل » : يلزمه قيمتها لسيدها لأنها ملكه ، ولا يلزمه قيمة الولد ، لأنها وضعته في ملكه ، ويجيىء فيه الخلاف السابق • وللسيد وطء بنت المكاتبة إن لم يثبت حكم الكتابة في ولد المكاتبة ، فإن أثبتناه ، فليس له وطؤها ، ولكن لا حد عليه • وأما المهر ، فيبنى على الخلاف في الكسب • إن قلنا : يصرف إلى السيد في الحال ، فلا مهر عليه ، وإن قلنا : هو للأم ، فكذا المهر • وإن قلنا بالتوقف ، أنفق منه عليها ، ووقف الباقي ، فإن عتقت بعتق الأم ، فهو لها ، وإن عجزت ، فهو للسيد • وإن أولدها ، صارت مستولدة ، والولد حر نسيب ، ولا يلزمه قيمة المستولدة لأمها ، لأنها لاتملكها ، وإنما يثبت لها حق العتق بعتقها •

وقد تأكد ذلك بالاستيلاد ، هكذا ذكره ابن الصباغ ، وقد سبق في قتلها قولان ، في أنه هل تجب القيمة للأم ؟ فينبغي أن يكون كذلك .
قال البغوي : ويبقى حق الكتابة فيهـا ، فتعتق بعتق الأم ، ويكون الكسب لها إذا جعلنا الحق فيها للأم ، فإن مات السيد ، عتقت البنت بموته ، وتؤخذ القيمة من تركته للأم إذا جعلنا الحق لها ، كما في القتل .
وأما قيمة الولد ، فعلى ما ذكرنا في ولد المكاتب .

فرع

الأمة المشتركة إذا كاتبها مالكاها معاً ، ثم وطئها أحدهما ، فحكم الحد والتعزير ولزوم المهر على الواطىء كما ذكرنا في المالك الواحد .
ثم إن لم يحل النجم ، فلها المهر في الحال ، وإن حل ، فإن كان معها مثل المهر ، دفعته إلى الذي لم يطأ . وفي المهر ونصيب الواطىء من النجم الذي حل ، الخلاف في التقاص . وإن لم يكن معها شيء آخر ، فنصف النجم الذي للواطىء مع المهر على الخلاف في التقاص ، والنصف الآخر يدفع إلى الذي لم يطأ . وإن عتقت قبل أخذ المهر ومصيره قصاصاً ، أخذت . وإن عجزت بعد أخذه ، فإن بقي ، فهو للسيدين ، وإن تلف تلف من ملكهما ، وإن عجزت قبل أخذه ، فإن كان في يدها بقدر المهر مال ، أخذه الذي لم يطأ وبرئت ذمـة الواطىء . وإن لم يكن معهـا شيء ، فللذي لم يطأ أن يأخذ نصف المهر من الواطىء . وإن أحبلها ، نظر ، إن ادعى الاستبراء وحلف عليه ، فولدت لستة أشهر فصاعداً من وقت الاستبراء ، لم يلحقه ، وهو كولد المكاتبة من نكاح أو زنى ، وإن لم يدع الاستبراء ، وولدت لدون ستة أشهر ، فالولد لاحق بـه ، ويثبت الاستيلاد في نصيبه من الأمة مع بقاء الكتابة فيه . ثم هو معسر أو موسر ، فإن كان معسراً ، لم يسر الاستيلاد إلى نصيب الشريك ،

فإن أدت النجوم إليهما ، عتقت بالكتابة ، وبطل الاستيلاد . وإن عجزت ، وفسخا الكتابة ، فنصفها قن ، ونصفها مستولد . وإن مات الواطئ قبل الأداء والفسخ ، عتق نصفها ، وبقيت الكتابة في النصف الآخر . وإن مات بعد الفسخ ، عتق النصف ، والباقي قن . وفي الولد وجهان . أصحهما : نصفه حر ، ونصفه رقيق . والثاني : ينعقد كله حراً ، لشبهة الملك ، وإن قلنا بالأول[1] ، وقلنا : ولد المكاتبة قن للسيد ، لزم الواطئ نصف قيمته[2] للشريك . وإن قلنا : ثبت فيه حكم الكتابة ، وقلنا : الحق فيه للسيد ، فكذلك الجواب . وإن قلنا : الحق للمكاتبة ، لزمه جميع قيمته لها ، فإن عتقت قبل أخذها ، أخذتها ، وإن عجزت قبل الأداء[3] ، أخذ الشريك الآخر نصفها ، وسقط النصف . وإن قلنا : ينعقد نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، فإن قلنا : ولد المكاتب قن للسيد ، فالنصف الرقيق للشريك ، ولا يجب شيء من قيمة الولد على الواطئ . وإن قلنا : تثبت الكتابة في ولد المكاتبة ، فالنصف الرقيق يتكاتب عليها ، إن عتقت ، عتق ، وإلا ، رق للشريك الآخر . وهل تجب قيمة النصف الحر على الواطئ ؟ يبنى على أن الحق في ولد المكاتبة للسيد أم لها ؟ إن قلنا : له ، لم تجب ، وإلا ، وجبت . ثم إن عتقت ، عتق ، وسلم لها نصف القيمة ، فيأخذه إن لم تكن أخذته ، وإن عجزت ، سقط عنه . وإن كان دفعه ، استرده إن كان باقياً ، أما إذا كان موسراً ، فيسري الاستيلاد إلى نصيب الشريك ، وكان الولد كله حراً ، ومتى يسري ؟ فيه طريقان ، قال الجمهور : قولان ، كما لو أعتق أحد الشريكين

---

(١) في إحدى نسخ الظاهرية : بالثاني . وعليها إشارة (صح) .
(٢) في الأصل : ونصف قيمته .
(٣) في هامش الأصل ، وإحدى نسخ الظاهرية . قبل الأخذ .

نصيبه من المكاتب ، ففي قول في الحال ، وفي قول عند العجز . وعن ابن أبي هريرة وغيره القطع بأنه يسري عند العجز . فإن قلنا بالسراية في الحال ، انفسخت الكتابة في نصيب الشريك ، وتبقى في نصيب الواطئ ، ويثبت الاستيلاد في جميع الجارية ، وعلى الواطئ للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها . وأما نصف قيمة الولد منه ، ففي وجوبها قولان ، كما لو استولد أحد الشريكين الأمة القنة ، وانعقد الولد حراً ، وعليه أيضاً نصف المهر للمكاتبة لبقاء الكتابة في نصيبه ، وهل يجب لها نصف قيمة الولد ؟ يبنى على أن الملك في ولد المكاتبة لمن هو ؟ ولو أدت نصيب الواطئ من مال الكتابة ، عتق نصيبه ، وسرى إلى الباقي وإن عجزت ، وفسخ الكتابة ، بقيت مستولدة محضة . وإن قلنا بالسراية عند العجز ، فأدت النجوم ، عتقت عن الكتابة ، وولاؤه بينهما ، ويبطل الاستيلاد ، ولها المهر على الواطئ ، فتأخذه إن لم تكن أخذته ، وتجب نصف قيمة الولد للشريك إن قلنا : ولد المكاتبة قن للسيد ، أو قلنا : تثبت فيه صفة الكتابة ، وحق الملك فيه للسيد . وإن قلنا : حق الملك فيه للمكاتبة ، وجب جميع القيمة لها . وإن لم تؤد النجوم ، وعجزت ، لزم الواطئ للشريك نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، ونصف قيمة الولد . هذا تمام الكلام في وطء أحد الشريكين . فأما إذا وطئاها جميعاً . فإن لم يحصل علوق ، فحكم الحد والتعزير ما سبق . وعلى كل واحد مهر كامل ، فإن عجزت ، ورقت بعد قبض المهرين ، لم يطالب أحدهما الآخر بشيء . ويقتسمان المهرين إن كانا باقيين . وإن عجزت قبل أخذه ، سقط عن كل واحد نصف ما لزمه . ويجيء في النصف الآخر التقاص . وقد يكون أحد المهرين أكثر من الآخر ، إما لكونها بكرا عند وطء أحدهما ، ثيبا عند الآخر . وإما لاختلاف حالها في الصحة والمرض وغيرهما ، فيأخذ مستحق الفضل الفضل . وإن

أفضاها أحدهما ، لزمه نصف القيمة للشـريك • فإن افتضها ، لزمـه نصف أرش الافتضاض مع المهر • وإن ادعى كل واحد على الآخر أنـه الذي أفضى أو افتض ، حلف كل واحـد منهما للآخر • فإن حلفـا ، فذاك ، وإن حلف أحدهما ، ونكل الآخر ، قضي للحالف ، وإن حصل علوق ، نظر هل أتت بولد ، أم بولدين ، من كل واحد ولد •

القسم الأول : إن أتت بولد ، فينظر ، إن ادعيا الاستبراء ، وحلفا عليه ، لم يلحق بواحد منهما . وهو كولد المكاتب من نكاح أو زنى ، وإن لم يدعيا الاستبراء ، فله أربعة أحوال • أحدهما : أن لا يمكن كون الولد من واحد منهما ، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء الأول، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني ، أو ولدته لأكثر من أربع سنين من وطء أحدهما ، فهو كما لو ادعيا الاستبراء • وحكم المهرين في الحالين، كما إذا لم يكن علوق •

الحال الثاني : أن يمكن كونـه من الأول دون الثاني ، فيلحـق بالأول ، ويثبت الاستيلاد في نصيبه ، فـإن كان معسراً ، فـلا سراية ، وتبقى الكتابة في جميعها ، فإن أدت النجوم ، وعتقت ، فلها على كـل واحد المهر • وإن رقت ، فنصفها قـن للثاني ، ونصيب[1] الأول يبقى مستولداً ، ولكل واحد على الآخر نصف المهر ، وهو من صور التقاص• وهل كل الولد حر ، أم تتبعض حريته ؟ فيه الخلاف السابق • وإن كان موسراً ، فالولد كله حر ، ويسري الاستيلاد مـن نصيبه إلـى نصيب شريكه . ويعود الخلاف في أنه يسري في الحال ، أم عند العجز ؟ فـإن قلنا : في الحال ، انفسخت الكتابة في نصيب الثاني ، وبقيت في نصيب الأول • وإن قلنا : عند العجز ، فإذا عجزت ، ورقت ، ارتفعت الكتابة .

---

(1) في الأصل : والنصف .

وهي مستولدة له على القولين . والحكم فيما إذا أدت النجوم وعتقت على ما سبق فيما إذا وطىء أحدهما وأولدها ، وكذا الحكم لو عتقت بالموت . وما ذكرنا هناك أنه يجب للشريك على الذي أولدها من المهر وقيمة الجارية . وقيمة الولد تجب هنا للثاني علـى الأول . وأما وطء الثاني ، فإن كان بعـدما حكمنا بمصير جميعها أم ولـد الأول ، وجب جميع المهر ، فإن بقيت الكتابة في نصيب الأول ، فهو بينه وبين المكاتبة. وإن ارتفعت في نصيبه أيضاً ، فجميعه له . وإن كان قبل الحكم يصير جميعها أم ولد له ، لم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن السراية إذا حصلت أخيراً انفسخت الكتابة ، وعـاد نصفه رقيقاً ، فتكـون الأكساب له ، والمهر من الأكساب . ثم ذلـك النصف للمكاتبة ، إن بقيت في نصيب الأول ، وإلا ، فهو للأول . هكذا ضبط القول فيما يلزم الثاني جماعة، منهم ابن الصباغ .

واعلم أن وطء الثاني إذا وقع بعد الحكم بمصير جميعها أم ولد، للأول ، فقد وقع بعد ارتفاع شبهة الملك ، فيكون زنى ، وإطلاق وجوب جميع المهر مصور فيما إذا فرضت شبهة أخرى . وأطلق في « المختصر » قولين في أنه يلزم الثاني جميع المهـر ، أم نصفه ؟ قال أبـو إسحاق : الأظهر : وجوب جميع المهـر ، وهو اختيـار الشافعي والمزني رضي الله عنهمـا .

الحال الثالث : أن يمكن كونه مـن الثاني دون الأول ، فيلحـق الثاني ، ويثبت الاستيلاد في نصيبه ، ولا سراية إن كان معسراً . وفي تبعيض الحرية في الولد الخلاف . وإن كان موسراً ، سرى الاستيلاد إما في الحال ، وإما عند العجز كما سبق . ويجب على الثاني هنا ما ذكرنا أنه يجب على الأول في الحال الثاني ، وأما الأول ، فقال البغوي : إن كان الثاني معسراً لزم الأول كمال المهر للمكاتبة ، وكذا إن كان موسراً

وقلنا : السراية تحصل بعد العجز . وإن قلنا : تحصل في الحال ، انفسخت الكتابة في نصيب الأول ، ولا يجب إلا نصف المهر لها . وأطلق العراقيون والروياني وغيرهما ، أنه لا يلزم الأول عند يسار الثاني إلا نصف المهر .

الحال الرابع : أن يمكن[1] كونه من كل واحد منهما وادعياه ، أو ادعاه أحدهما ، فيعرض على القائف ، فمن ألحقه به ، كان الحكم كما لو تعين الإمكان منه ، فإن تعذرت معرفته بالقائف ، اعتمد انتسابه بعد بلوغه ، ويكون الحكم ما ذكرنا . قال الإمام : ولو فرض ذلك في الأمة القنة ، وألحقه القائف بأحدهما ، لحقه ، وثبت الاستيلاد في نصيبه، ولا سراية إن كان معسراً ، لكن يثبت الاستيلاد أيضاً في نصيب الآخر[2] بإقراره أنها مستولدة . وإن كان موسراً ، سرى ولا يلزمه للشريك قيمة نصيبه ، لأنه يدعي أن الجارية مستولدته ، فيؤخذ بإقراره . وإذا لم نجد القائف ، والمتداعيان موسران ، حكم بأنها مستولدتهما ، نصفها لهذا ، ونصفها لذاك[3] ، وليس أحدهما[4] بالسراية أولى من الآخر . ولو أقر بالوطء وسكتا عن دعوى الولد وألحقه القائف بأحدهما ثبت الاستيلاد في نصيبه ، ويسري ، وعليه الغرم للشريك ، لأنه لم يوجد هنا إقرار ينافي الغرم . ولو لم نجد قائفاً ، واعتمدنا انتسابه بعد بلوغه ، ففي ثبوت الغرم وجهان .

القسم الثاني : إذا أتت بولدين وعرفا حالهما ، واتفقا على أن هذا من هذا ، وذاك من ذاك ، وله صورتان . إحداهما : اتفقا على

(١) في الأصل : يكون .
(٢) في الأصل : الإقرار .
(٣) في الأصل : لذلك .
(٤) في الأصل : لأحدهما .

السابق منهما ، فينظر إن كانا موسرين ، أو كان الأول موسراً ، صارت مستولدة للأول ، وعليه للثاني نصف مهرها ، ونصف قيمتها ، وأما قيمة الولد ، فقال البغوي : إن قلنا : تحصل السراية بنفس العلوق ، لم يجب • وإن قلنا : تتوقف على العجز وقلنا : لا يحصل إلا بأداء القيمة ، وجبت • وأما الثاني : فإن وطئها بعد ما صار جميعها مستولداً للأول ، وهو عالم بالحال ، لزمه الحد ، وولده رقيق للأول • وإن كان جاهلاً ، فالولد حر ، وعليه تمام المهر ، وتمام قيمة الولد يوم الوضع ، ويكون جميعهما للأول إن ارتفعت الكتابة في نصيبه أيضاً • وإن بقيت، فنصف المهر له ، ونصفه للمكاتبة ، ونصف قيمة الولد على الخلاف في ولد المكاتبة • وإن وطئها قبل أن يصير جميعها مستولداً للأول ، لم يلزمه إلا نصف المهر ، لأن نصفها يعدله ، وفي تبعيض[1] حرية الولد ما سبق ، فإن لم تتبعض ، فعليه نصف قيمة الولد ، ولا يثبت الاستيلاد في نصيب الثاني له ، وإن بقي نصيبه له ، لأن الأول استحق السراية ، ولا يجوز إبطال حقه • وعن القفال في ثبوت الاستيلاد الثاني في نصيبه وجهان ، كما لو أعتق شريك نصيبه وهو موسر ، وقلنا : السراية تقف على القيمة ، فأعتق الآخر نصيبه قبل أدائها • وأما إذا كانا معسرين ، أو كان الأول معسراً ، فثبت الاستيلاد في نصيب الأول ولم يسر ، فإذا أحبلها الثاني ، ثبت في نصيبه أيضاً • وعلى كل واحد تمام المهر للمكاتبة، فإن عجزت قبل الأجل ، فعلى كل واحد نصف المهر لشريكه ، ومن مات منهما ، عتق نصيبه • وذكر البغوي أن في تبعيض الحرية في ولد كل واحد منهما الخلاف ، وأنا إذا لم نحكم بالحرية في نصفه ، فهل هو قن للآخر ، أم يتكاتب ؟ فيه الخلاف • وأنه لا يلزم كل واحد منهما شيء

---

(١) في الأصل : في تبعيض .

من قيمة الولد . وفي أمالي السرخسي : أنا إذا قلنا بالتبعيض ، فالحكم كذلك ، وإن قلنا بحرية الجميع ، لزم كل واحد للآخر نصف قيمة ولده، ولم يجز[1] العراقيون وغيرهم الخلاف في تبعيض الحرية في ولد كل واحد إذا كان الأول معسراً والثاني موسراً ، وحكموا بأن ولد الموسر حر كله ، والخلاف مخصوص بالمعسر .

الصورة الثانية : اختلفا في السابق ، فقال كل واحد : أنا أولدتها[2] أولاً ولدي هذا ، واحتمل ، صدق كل واحد منهما ، فهما موسران أو معسران ، أو أحدهما موسر والآخر معسر ، والاعتبار باليسار والإعسار حالة الإحبال .

الضرب الأول : موسران ، فكل واحد يدعي على الآخر جميع المهر وجميع قيمة ولده ، لأنه يقول : وطئتها وهي مستولدتي ، أو يدعي نصفها على ما ذكرناه في الصورة الأولى ، وكل واحد يقر للآخر بنصف المهر ، ونصف قيمة الجارية ، لأنه يقول : أنا أولدتها وهي مشتركة ، فصارت مستولدة لي ، ويقر أيضاً بنصف قيمة الولد على اختلاف فيه، وما يقر به كل واحد من نصف قيمة الجارية يكذبه فيه الآخر ، فيسقط إقراره به ، وتبقى دعوى كل واحد في المهر وقيمة الولد ، فإن اقتضى الحال التسوية بينهما ، لم يعظم أثر الاختلاف ، وجاء الكلام في التقاص، وإن تفاوتا ، حلف كل واحد على نفي ما يدعيه الآخر . وقيل : يتحالفان على النفي والإثبات ، وهو بعيد ، فإذا حلف ، فلا شيء لأحدهما على الآخر ، وهي مستولدة أحدهما على الإبهام ، ونفقتها عليهما ، فإذا ماتا فهي حرة ، والولاء موقوف بينهما . وإن مات أحدهما ، فالأصح

(١) في الأصل : يجري .
(٢) في الأصل : ولدتها .

أنه لا يعتق شيء منها ، لاحتمال أنها مستولدة الآخر . وقال ابن أبي هريرة وأبو علي الطبري : يعتق نصفها ، واختاره القاضيان أبو الطيب والروياني ، وحكى ذلك عن نصه في « الأم » لأنه يملك نصفها . وقد أولدها ، وشككنا هل سرى إحبال شريكه إلى نصيبه ، والأصل عدمه .

الضرب الثاني : أن يكونا معسرين ، فلا ثمرة للاختلاف ، والحكم كما لو عرف السابق وهما معسران . وإذا مات أحدهما ، عتق نصيبه ، وولاؤه لعصبته . وإن ماتا فالولاء لعصبتهما بالسوية . ونقل الربيع في « الأم » أن الولاء موقوف ، وإن كانا معسرين . واتفق الجمهور أن هذا غلط من الربيع أو من غيره . وقيل : أراد حالة الموت ، فلا فرق حينئذ بين كونهما موسرين أو معسرين لما سبق أن الاعتبار في اليسار والإعسار بحالة الإحبال .

الضرب الثالث : أن يكون أحدهما موسراً ، والآخر معسراً . فيحلف كل واحد على نفي ما يدعى عليه ، ويثبت الاستيلاد للموسر في نصيبه ، فلا منازعة ، وهما متنازعان في نصيب المعسر ، فنصف نفقتها على الموسر ، ونصفها بينهما ، ثم إن مات الموسر أولا ، عتق نصيبه وولاؤه لورثته ، وإذا مات المعسر بعده ، عتق نصيبه ، وولاؤه موقوف بينهما . وإن مات المعسر أولاً ، لم يعتق منها شيء ، فإذا مات الموسر بعده ، عتقت كلها وولاء نصفها لورثته ، وولاء النصف الآخر موقوف، قال الصيدلاني : هذا إذا قلنا لا تتوقف سراية الاستيلاد علىأداء القيمة، فإن قلنا : يتوقف هنا الأداء ، فتكون الجارية هنا مستولدتهما ، والولاء بينهما بلا وقف ، أما لو كان الاختلاف عكسه ، فقال كل واحد للآخر : أنت وطئت أولاً ، فسرى إلى نصيبي ، وهما موسران ، فقال البغوي : يتحالفان ، ثم نفقتها عليهما ، وإذا مات أحدهما ، لم يعتق نصيبه ، لاحتمال أن الآخر سبقه بالاستيلاد ، ويعتق نصيب الحي ، لأنه أقر بأن الميت أولد أولا ، ثم سرى إلى نصيبه ، وعتق بموته ، وولاء ذلك النصف

موقوف ، فإذا مات الآخر ، عتقت كلها وولاء الكل موقوف • وإن كان أحدهما موسراً ، والآخر معسراً ، فقال المعسر : سرى إيلادك إلى نصيبي ، وقال الموسر : أنت أولدت أولاً ، ولم يسر إلى نصيبي ، تحالفا ، ثم النفقة عليهما ، فإن مات الموسر أولاً عتقت كلها • أما نصيب الموسر ، فبموته ، وولاؤه لعصبته ، وأما نصيب المعسر ، فبإقراره ، وولاؤه موقوف • وإن مات المعسر أولاً ، لم يعتق منها شيء لاحتمال أن الموسر سبقه بالإحبال ، فإذا مات المعسر[1] بعده، عتقت كلها • وولاء نصيب الموسر لعصبته ، ونصيب الموسر موقوف ، وبالله التوفيق •

الحكم الخامس : في جناية المكاتب والجناية عليه ، وفيه مسائل :

إحداها : إذا جنى على أجنبي بما يوجبه قصاص نفس أو طرف، فلمستحقه القصاص • فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال، نظر إن كان في يده مال ، وكان الواجب مثل قيمته ، أو أقل ، طولب به مما في يده ، وإن كان أكثر ، فهل يطالب بالأرش بالغاً ما بلغ ، أم لا يطالب إلا بأقل الأمرين من قيمته والأرش ؟ قولان ، أظهرهما : الثاني ، فعلى هذا له أن يفدي بالأقل ، وإن لم يرض السيد ، وإن فدى بالأرش ، وزاد على القيمة ، لم يستقل به ، فإن أذن السيد ، فقولان ، كتبرعه ، فإن لم يكن في يده مال ، وطلب مستحق الأرش تعجيزه[2] ، عجزه الحاكم ، ثم يباع كله في الجناية إن استغرق الأرش قيمته ، وإلا فيباع قدر الأرش ، وتبقى الكتابة في الباقي ، فإذا أدى حصته من النجوم ، عتق ذلك القدر • ولو أراد السيد أن يفديه من ماله ، ويستديم الكتابة ، فله ذلك ، وعلى مستحق الأرش قبوله ، هذا هو المذهب ، وفيه شيء سبق • وفيما يفديه [به] قولان ، الجديد بأقل الأمرين ، والقديم بالأرش ، وله أن يرجع عن اختيار الفداء ويسلمه للبيع إلا إذا

(١) وعلى هامش إحدى نسخ الظاهرية : الموسر ، بدل المعسر .
(٢) في الأصل : بعجزه .

مات العبد بعد اختيار الفداء ، أو باعه بإذن المجني عليه بشرط الفداء . فيلزمه الفداء • ولو أبرأه السيد من النجوم ، أو أعتقه ، لزمه الفداء ؛ لأنه فوت متعلق حق المجني عليه ، فهو كما لو قتله ، هذا إذا قلنا بالمذهب ، والذي قطع به الجمهور أنه ينفذ إعتاقه ، وأشار ابن كج إلى خلاف فيه ؛ كإعتاق القن الجاني ، والفرق أن المكاتب صار مستحق العتق[1] بالكتابة قبل الجناية ، فإذا أعتقه ، وقع العتق عن الجهة المستحقة بخلاف القن ، وفيما يفديه السيد به ؟ طريقان ، أحدهما : على القولين الجديد والقديم ، والثاني : القطع بالأقل بخلاف حال بقاء الكتابة ، لأن الرق باق هناك وكما يلزم السيد بإعتاق المكاتب فداؤه ؛ يلزمه بإعتاقه فداء ابن المكاتب وأبيه إذا تكاتبا عليه وجنيا ، لأنهما يعتقان بإعتاقه • ولو عتق المكاتب بأداء النجوم ، لزمه ضمان الجناية، ولا يلزم السيد فداؤه ، وفيما يلزمه الطريقان • ولو جنى المكاتب جنايات ، وأعتقه السيد أو أبرأه عن النجوم ، لزمه أن يفديه ، فإن أدى النجوم وعتق ، فضمان الجنايات على المكاتب ، وأما الذي يلزمهما ،فإن كانت الجنايات معاً بأن قتل[2] جماعة بضربة ، أو هدم عليهم جداراً[3]، ففيه القولان ، كالجناية الواحدة ، والجديد أقل الأمرين من أرش الجنايات كلها ، وقيمته ، والقديم وجوب الأروش كلها ، وإن كانت الجنايات متفرقة ، فالقديم بحاله ، وفي الجديد قولان ، أظهرهما : أنه أيضاً بحاله ، فيجب الأقل من الأروش كلها وقيمته • والثاني : يجب لكل جناية الأقل من أرشها والقيمة ، لأن البيع كان ممكناً عقب كل جناية ، وبالإعتاق فوت ذلك ، فكأنه أحدث لكل جناية منعاً[4] ولو أراد المكاتب أن يفدي نفسه مما في يده عن الجنايات ، فطريقان ، أحدهما : على القولين المنقولين عن الجديد ، والثاني : القطع بالأقل من أرش [كل] جناية والقيمة • وقطع البغوي بأنه يؤخذ مما في يده الأقل

(١) في الأصل : العبد .
(٢) في الأصل : تقيل .
(٣) في الأصل : جدار .
(٤) في الأصل : معنى .

من أروش الجنايات كلها ومن قيمته ، ويشبه أن يكون هذا هو المذهب، ولو لم يكن في يده مال ، وسأل المستحقون تعجيزه ، عجزه الحاكم ويباع ، ويقسم الثمن على أقدار الأروش ، وإن أبرأه بعضهم ، قسم على الباقين ، وإن اختار السيد فداءه بعد التعجيز لم يبع ، وفيما يفديه [بـه] القولان •

المسألة الثانية: إذا جنى المكاتب على عبد سيده ، أو على طرف سيده، فله القصاص ، وإن قتل السيد ، فللوارث القصاص، فإن عفا المستحقون على مال ، أو كانت موجبة للمال تعلق الواجب بما في يده ، لأنه معه كأجنبي ، وهل الواجب الأرش أم أقل الأمرين ؟ فيه القولان ، فإن قلنا : الواجب الأرش وكان أكثر من القيمة ، فقال الشيخ أبو حامد : له أن يفدي نفسه به ، وقال القاضي أبو الطيب : فيه الخلاف في هبته لسيده، ثم قال ابن الصباغ : وهذا يقتضي أن يقال : للسيد الامتناع من القبول لا يلزمه قبول الهبة ، وعندي أنه يلزمه القبول إذا أمكن أداؤه وأداء مال الكتابة ، وإذا لم يكن في يده شيء ، أو كان لا يفي بالأرش ، هل للسيد تعجيزه بسبب الأرش ؟ وجهان ، أحدهما : لا ، لأنه إذا عجزه سقط الأرش ، لأنه لا يثبت له على عبده دين ، بخلاف ما إذا عجزه أجنبي ، فإن الأرش يتعلق برقبته ، وأصحهما : نعم ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وغيره ، ويستفيد رده إلى الرق المحض ، وإذا عجز بسبب الأرش أو النجوم ، ورق ، فهل يسقط الأرش ، أم يبقى في ذمته الى أن يعتق ؟ وجهان• أصحهما الأول ، وهما كالوجهين فيما لو كان له على عبد غيره دين ، فملكه ، هل يسقط • وجناية المكاتب على طرف ابن سيده ، كجنايته على أجنبي ، وجنايته على نفسه تثبت القصاص للسيد، فإن عفا ، أو كان القتل خطأ ، فهو كما لو جنى على السيد ، ولو أعتق السيد المكاتب بعد جنايته عليه ، أو أبرأه عن النجوم ، فإن لم يكن في يده مال ، سقط الأرش على المذهب ، وإن كان تعلق به على الأصح •

ولو أدى النجوم ، فعتق لم يسقط الواجب بلا خلاف ، كما لا يسقط إذا جنى على أجنبي ، وأدى النجوم وعتق ، ثم الواجب الأرش بالغاً ما بلغ ، هذا هو المذهب ، والمنصوص ، وبه قطع الجمهور ، وقيل : فيه القولان .

المسألة الثالثة : إذا جنى عبد المكاتب ، فجنايته إما على أجنبي وإما على سيد المكاتب ، وإما سيد سيده ، فإن كانت على أجنبي ، فله القصاص ، فإن عفا على مال ، أو كانت الجناية موجبة للمال تعلق برقبته يباع فيه إلا أن يفديه المكاتب ، وهل يفديه بالأرش أم بالأقل ؟ قولان ، وقيل بالأقل قطعاً ، فإن قلنا بالأرش ، وكان قدر قيمته ، أو أقل ، فله الاستقلال به ، وإلا فلا يستقل وفي جوازه بإذن السيد قولان ، كتبرعه. وفي الوقت الذي تعتبر قيمة(١) العبد فيه أوجه ، الأصح ، وظاهر نصه في « المختصر » : يوم الجناية ، لأنه وقت تعلق الأرش ، والثاني : يوم الاندمال ، والثالث : يوم الفداء ، والرابع : أقل القيمتين من يومي الجناية والفداء ، قال ابن كج : هذا هو المذهب ، وهو نصه في « الأم » قال : وعندي أن الحكم في جناية المكاتب بنفسه إذا اعتبرنا قيمته كذلك ، هذا كله في عبد المكاتب الذي لم يتكاتب عليه ، أما من يكاتب عليه كولده(٢) من أمته ووالده وولده إذا وهبا له حيث يجوز القبول ، فليس له أن يفديه بغير إذن سيده وبإذنه قولان ، كتبرعه ، لأن فداءه كشرائه ، ولو جنى بعض عبيد المكاتب على بعض ، أو جنى عبد غيره على عبده ، فله أن يقتص ، لأنه من مصالح الملك ، ولا يحتاج فيه إلى إذن السيد على المشهور ، فلو كان القاتل والد المقتول ، أو كان في عبيد المكاتب أبوه ، فقتل عبداً له ، لم يقتص ، ولو كان فيهم ابنه ، فقتل

---

(١) في الأصل : معنا .

(٢) في الأصل : فيه .

عبداً له ، فله أن يقتص ، وهل له أن يبيع [1] ابنه وأباه إذا كانا في ملكه وجنيا على عبد آخر له جناية توجب المال ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، وهو نصه في « الأم » أما إذا جنى عبد المكاتب [على المكاتب] فله الاقتصاص بغير إذن السيد ، فإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا على مال ، لم يجب إذ لا يثبت لسيده على عبده مال وإن جنى على سيد سيده ، فهو كما لو جنى على أجنبي ، فيباع في الأرش إلا أن يفديه المكاتب .

الرابعة : الجناية على المكاتب إن كانت على طرفه، فله الاقتصاص، ولا يشترط إذن السيد على المشهور ، ثم إن اقتص فذاك ، وإن عفا على مال ثبت المال ، لكن إن كان دون أرش الجناية فقدر المحاباة ، حكمه حكم الجميع إذا عفا مجاناً ، وسنذكره إن شاء الله تعالى ، وإن عفا مطلقاً ، فإن قلنا : موجب أحد الأمرين ، أو قلنا : يوجب القصاص ، ولكن مطلق العفو يوجب المال ، ثبت الأرش ، وإن قلنا : يوجب القصاص ، ومطلق العفو لايوجب المال ، لم يجب شيء ، وإن عفا مجاناً سقط القصاص ، ثم إن قلنا : موجب العمد القصاص ، لم يجب شيء . وإن قلنا : مطلق العفو لايوجب المال ، وإن قلنا : يوجبه ، فوجهان ، أحدهما : يجب المال إن عفا بغير إذن السيد ، وبإذنه قولان ، كتبرعه ، والثاني : لايجب شيء وإن عفا بغير إذنه ، لأن الجناية على هذا القول لاتوجب المال ، وإنما تثبته إذا اختاره أو عفا مطلقاً على قول ، فإذا عفا مجاناً ، فقد ترك الاكتساب بالعفو ، ولا يجبر على الكسب [2] ، وإن كانت الجناية موجبة للمال ، لم يصح عفوه بغير إذن سيده وبإذنه قولان . وحيث ثبت المال بالجناية على طرفه فهو للمكاتب يستعين به

---

(١) في الأصل : يتبع .
(٢) في الأصل : الاكتساب .

على أداء النجوم • وهـل يستحق أخذه في الحـال أم يتوقف على الاندمال ؟ قولان . كالجناية على الحر • وقيل : يستحقه في الحـال قطعاً مبادرة إلى تحصيل العتق ، فإن قلنا : تتوقف على الاندمال وقد قطعت يده ، نظر إن سرت الجناية إلى النفس ، انفسخت الكتـابة ، وعلى الجاني القيمة للسيد إن كان أجنبياً ، وإن اندملت ، فإن كـان الجاني أجنبياً أخذ المكاتب نصف قيمته ، وإن كان السيد استحق عليه نصف القيمة وهو يستحق النجوم ، فإن حل نجم ، واتحد الحقـان جنساً وصفة ، ففيه أقوال التقاص ، فيأخذ من له الفضل الفضل ، وإن اختلفا أخذ كل واحد حقه ، وإن قلنا : له أخذ الأرش في الحال ، فـإن كان مثل دية حر أو أقل ، فله أخذ جميعه ، وإلا فلا يأخذ أكثر من قدر الدية ، لأن الجناية قد تسري إلى نفسه بعد عتقه ، فيعود الواجب إلى دية ، وإذا أخذ ماله أخذه ثم اندملت الجراحة ، فقد استقر الأرش ، ويأخذ الباقي إن لم يكن أخذ الجميع ، وإن سرت إلى النفس ، نظر إن سرت قبل أن يعتق انفسخت الكتابة ، فإن كان الجاني أجنبياً ، فللسيد مطالبته بتمام القيمة ، وإن كان هو السيد ، سقط عنه الضمان ، وأخذ أكسابه ، وإن كانت السراية بعد عتقه بأداء النجوم ، فإن كان الجاني أجنبياً فعليه تمام الدية ، لأن الاعتبار في الضمان بحال الاستقرار ، ويكون ذلك لورثته ، فإن لم يكونوا فللسيد بالولاء ، وإن كان الجاني السيد ، فعليه تمام الدية أيضاً بخلاف ما لو جرح عبده القن ثم أعتقه ، فمات بالسراية ، فإنه لاضمان لأن ابتداء الجناية غير مضمون هناك ، وهنا مضمون ، ولو حصل العتق بالتقاص ، فهو كما لو حصل بالأداء ، ولا يمنع من التقاص كون الدية إبلاً ، لأن الواجب في الابتداء نصف القيمة ، والتقاص حينئذ يحصل ، ثم إن سرت الجناية بعد العتق وجب الفاضل من الإبل • ولو عفا المكاتب عن المال ، ولم نصحح عفوه ، ثم

عتق قبل أخذ المال ؛ فهل له أخذه ؟ قولان . أظهرهما : نعم . لأن عفوه وقع لاغياً ، ولو جنى على طرف المكاتب عبده ؛ فله القصاص ؛ فإن كانت الجناية خطأ ، أو عفا على مال ؛ لم يثبت له على عبده مال ، وإن كانت الجناية على نفس المكاتب ؛ انفسخت الكتابة ، ويموت رقيقاً • ثم إن قتله السيد ؛ فليس عليه إلا الكفارة ، وإن قتله أجنبي ؛ فللسيد القصاص ، أو القيمة ، وله أكسابه بحكم الملك لا بالإرث •

فرع

جنى على طرف مكاتبه ، وكان الأرش مثل النجوم ، وحكمنـ بالتقاص وحصول العتق ، ثم جنى عليه السيد جناية أخرى موجبـة للقصاص ، فهي جناية على حر ؛ فيجب القصاص ؛ نص عليه في «الأم» فإن قال : لم أعلم أنه حصل التقاص والعتق ؛ لم يقبل منه ؛ كما لو قتل من كان عبداً فعتق ، وقال : لم أعلم أنه عتق ، قال الربيع : فيه قول أنه يؤخذ منه دية حر ؛ ولا قصاص للشبهة ؛ قال في « الأم » : لو عتق المكاتب ، فاختلف هو ومن جنى عليه ، فقال المكاتب : كنت حراً عنـد الجناية ، وقال الجاني : بل مكاتباً صدق الجاني بيمينه ، وتقبل شهادة السيد للمكاتب •

فصـل

في مسائل منثورة

قال لمكاتبه : إن عجزت عن النجوم بعد وفاتي . فأنت حر ؛ صح التعليق ، فإن قال المكاتب : قبل الحلول عجزت ؛ لم يعتبر قوله ،وإن قاله بعد الحلول ، ووجدنا له ما يفي بالواجب ؛ فلا عجز أيضاً ، وإن لم يوجد ، صدق بيمينه ، ويقبل إقرار المكاتب بديون المعاملة ؛ وبالبيع

وما يقدر على إنشائه ، وفي كتاب ابن كج أنه لو قال : بعت هذه السلعة وهذا ثمنها ، قبل إقراره ، وإن قال : بعتها ، وتلف الثمن في يدي ، ففي القبول قولان ، وإ نأقر بدين جناية ، فهل يقبل في حق السيد ؟ قولان أظهرهما عند البغوي : نعم ، ويؤدي مما في يده كدين المعاملة ، ولكن لو كان ما أقر به أكثر من قيمته ، لم يلزم إلا قدر قيمته ، فإن لم يكن في يده شيء ، بيع في دين الجناية • والثاني وبه قطع جماعة : لايقبل في حق السيد ، لأنه لم يسلط عليه بعقد الكتابة ، فإن قبلنا إقراره ، فعجز قبل أن يؤخذ منه ، فهل يباع فيه أم لايباع ويكون في ذمتـــه إلى أن يعتق ؟ قولان • ولا يقبل إقرار السيد على المكاتب بالجناية ، لكن لو عجز ألزم السيد بإقراره ، ولو قال : كان جنى قبل الكتابة ، لم يقبل على المكاتبة أيضاً لخروجه عن يده بالكتابة • ولو مات سيد المكاتب ، فقد سبق أن الكتابة تبقى ، فإن لم يعتق بالأداء إلى الوارث ، فلو كان له وارثان، لم يعتق إلا بأداء حقهما ، فإن كان الوارث صغيراً أو مجنوناً، لم يعتق إلا بالدفع إلى وليه ، فإن كان له وصيان ، لم يعتق إلا بالدفع إليهما إلا إذا أثبت لكل واحد منهما الاستقلال ، فإن كان علـــى الميت دين وأوصى بوصايا ، فإن كان الوارث وصياً في قضاء الديون ،وتنفيذ الوصايا ، عتق بالدفع إليه ، وإلا فيجمع بين الوصي والورثة ويدفع إليهم ، فإن لم يوص إلى أحد ، قام القاضي مقام الوصي ، ولو دفع إلى الغريم ، لم يعتق ، وإن دفع إلى الوارث ، فإن قضى الديون والوصايا، عتق، وإلا وجب الضمان على المكاتب، ولم يعتق ، هكذا ذكره البغوي• وقال القاضي أبو الطيب : إن كان الدين مستغرقاً للتركة، برىء المكاتب بالدفع إلى الغريم ، وإن كان قد أوصى بالنجوم لإنسان ، عتق بالدفع إليه ، وإن أوصى بها للفقراء أو المساكين ، دفعها إلى من أوصى إليه ،

فيفرقها ، أو إلى الحاكم ، وإن أوصى بقضاء الدين منها ، تعين صرفها إليه ، وهو كما لو أوصى بها لإنسان . ولو مات السيد والمكاتب ممن يعتق على الوارث ، عتق عليه ، ولو نكح الابن مكاتبة أبيه ، ثم مات الأب والابن وارث ، انفسخ النكاح ، لأنه ملك زوجته ، وكذا لو مات السيد وبنته تحت مكاتبه ، فورثت زوجها ، ولو اشترى المكاتب زوجته ، أو اشترت المكاتبة زوجها ، انفسخ النكاح ، وبالله التوفيق.

* * *

كتاب أُمَّهاتِ الأوْلَادِ

ولد الرجل من أمته ينعقد حراً ، وتصير الأمة بالولادة مستولدة تعتق بموته ، ويقدم عتقها على الديون ؛ واستيلاد المريض مرض الموت، كاستيلاد الصحيح في النفوذ من رأس المال ؛ كإنفاق المال في اللذات والشهوات . ويثبت الاستيلاد أيضاً بإلقاء مضغة فيها خلقة آدمي . إما لكل أحد وإما للقوابل وأهل الخبرة[1] من النساء ؛ فإن لم يظهر ، وقلن : هذا أصل آدمي ولو بقي لتصور . لم يثبت الاستيلاد على المذهب ، وقد سبق بيانه في العدد .

فصل

يحرم بيع المستولدة وهبتها ورهنها والوصية بها . وعن الشافعي رحمه الله أنه ميل القول في بيعها ، فقال الجمهور : ليس للشافعي رحمه الله فيه اختلاف قول ، وإنما ميل القول إشارة إلى مذهب من جوزه . ومنهم من قال : جوزه في القديم ؛ فعلى هذا هل يعتق بموت السيد ؟ وجهان ، أحدهما : [لا] وبه قال صاحب « التقريب » والشيخ أبو علي . والثاني : نعم ، قاله الشيخ أبو محمد والصيدلاني كالمدبر ، قال الإمام : وعلى هذا يحتمل أن يقال : يعتق من رأس المال ، ويحتمل من الثلث ؛ وإذا قلنا بالمذهب : إنه لايجوز بيعها ، فقضى قاض بجوازه . فحكى الروياني عن الأصحاب أنه ينقض قضاؤه ، وماكان فيه من خلاف بين القرن الأول ؛ فقد انقطع ، وصار مجمعاً على منعه ، ونقل الإمام فيه وجهين .

---

(1) في الأصل : وأن الخبرة .

فرع

أولاد المستولدة إن كانوا من السيد ، فأحرار ، وإن حدثوا من نكاح أو زنى ، فلهم حكم الأم ، فليس للسيد بيعهم ، ويعتقون بموته ، وإن كانت الأم قد ماتت في حياة السيد . ولو أعتق السيد الأم ، لم يعتق الولد ، وكذا حكم العكس كما في التدبير بخلاف ما لو أعتق المكاتبة يعتق ولدها ، ولو ولدت المستولدة من وطء شبهة ، فإن كان الواطىء يعتقد أنها زوجته الأمة ، فالولد رقيق للسيد كالأم ، وهو كما لو أتت به من نكاح أو زنى ، وإن كان يعتقدها زوجته الحرة أو أمته ، انعقد الولد حراً ، وعليه قيمته للسيد . وأما الأولاد الحاصلون قبل الاستيلاد بنكاح أو زنى ، فليس لهم حكم الأم ، بل للسيد بيعهم إذا ولدوا في ملكه ، ولا يعتقون بموته ، لأنهم حدثوا قبل ثبوت حق الحرية للأم .

فرع

المستولدة فيما سوى نقل الملك فيها كالقنة ، فله إجارتها واستخدامها ووطؤها وأرش الجناية عليها وعلى أولادها التابعين لها . وقيمتهم إذا قتلوا ، ومن غصبها ، فتلفت في يده ، ضمنها كالقنة . ولو شهد اثنان على إقرار السيد بالاستيلاد ، وحكم بهما ، ثم رجعا ، قال أبو علي : لا يغرمان ، لأن الملك باق فيها[1] ، ولم يفوتا إلا سلطنة البيع . ولا قيمة لها بانفرادها . قال الإمام : فإذا مات السيد ، وفات الملك . فالذي نراه وجوب الغرم عليهما للورثة ، كما لو شهدا بتعليق العتق . فوجدت الصفة ، فحكمت بعتقه ، فرجعا ، غرما ، وفي تزويجها أقوال : أظهرها للسيد الاستقلال به ، لأنه يملك بيعها ووطأها ، كالمدبرة .

---

(1) في الأصل : فيهما .

والثاني قاله في القديم : لايزوجها إلا برضاها . والثالث : لايجوز وإن رضيت . وعلى هذا [هل] يزوجها القاضي ؟ وجهان ، أحدهما : نعم بشرط رضاها . ورضى السيد ، والثاني : لا . ويجري الخلاف في تزويج بنت المستولدة ، فإذا جوزناه ، فلا حاجة [إلى] الاستبراء بخلاف المستولدة ، لأنها كانت فراشاً له ، وابن المستولدة لايجبره السيد على النكاح . وليس له أن ينكح بغير إذن السيد ، فإن أذن ، فوجهان ، حكاهما الروياني في « الكافي » تخريجاً من الخلاف في المستولدة .

قلت : الصحيح والصواب الجواز ، والفرق ظاهر . والله أعلم

فصل

إذا زنى رجل بأمة . فأتت بولد من زنى ، ثم ملكها . لم تصر أم ولد له ، ولو ملك ذلك الولد ، لم يعتق عليه ، ولو أولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها ، لم تصر أم ولد له على المذهب . لأنها علقت برقيق ، والاستيلاد إنما يثبت تبعاً لحرية الولد ، ولو ملكها وهي حامل منه . فكذلك الحكم . ولكن يعتق الولد عليه ، لأنه ملك ولده ، قال الصيدلاني : وصورة ملكها حاملاً أن تضع لدون ستة أشهر من حين ملكها . وأن لايطأها بعد الملك . وتلد لدون أربع سنين . فأما إذا وطئها بعد الملك . وولدت لستة أشهر من وقت الملك . فيحكم بحصول العلوق في ملك اليمين وثبوت الاستيلاد وحرية الولد . وإن أمكن كونه سابقاً عليه . أما إذا استولد أمة الغير بشبهة . ثم ملكها ، فينظر إن وطئها على ظن أنها زوجته المملوكة . فالولد رقيق . ولا يثبت الاستيلاد ، وإن وطئها على ظن أنها زوجته الحرة أو أمته . فالولد حر . وفي ثبوت

الاستيلاد قولان ، وكذا لو نكح أمة غرّ بحريتها ، فأولدها ، فالولد حر ، وفي ثبوت الاستيلاد إذا ملكها القولان ، ويجريان فيما لو اشترى أمة شراء فاسداً ، وأولدها على ظن الصحة ، أحدهما وهو القديم : يثبت ، لأنها علقت منه بحر ، وأظهرهما وهو الجديد : لايثبت ، لأنها علقت في غير ملك اليمين ، فعلى القديم يكون أولادها الحادثون بعد ملكه من نكاح أو زنى لهم حكمها ، فيعتقون بموت السيد ، والحاصلون قبل أن يملكها ليس لهم حكمها ، وإن حصلوا بعد الاستيلاد ، لأنهم حصلوا قبل ثبوت الحق للأم ، ولو ملكها وهي حامل من نكاح أو زنى، ففي فتاوى القاضي حسين أنه لايثبت لذلك الولد حكم الأم بل يكون قناً للمشتري اعتباراً بحال العلوق .

فرع

سبق في الكتابة إذا أولد الشريكان مكاتبتهما ، والقنة في معناها ، وذكرنا هناك المسألة مبسوطة .

فرع

أولد مرتد أمته ، صارت مستولدة إن أبقينا ملكه ، وإن أزلناه لم يثبت الاستيلاد في الحال ، فإن أسلم ، فعلى القولين فيما إذا أولد أجنبية ، ثم ملكها ، وإن توقفنا في الملك ، فكذا في الاستيلاد .

فرع

إذا أسلمت مستولدة كافر ، أو استولد أمته بعد إسلامها ، فقد ذكرنا في البيع أنه لاسبيل إلى بيعها ، وأنه لايجبر على اعتاقها على الصحيح ، ولكن يحال بينهما ، وتجعل عند امرأة ثقة ، وكسبها له ، ونفقتها عليه ، فإن أسلم ، رفعت الحيلولة ، وإن مات ، عتقت .

وهل للكافر تزويجها إذا جوزنا تزويج المستولدة ؟ وجهان حكاهما الصيدلاني ، أصحهما : لا ، وبه قطع القفال ، لانقطاع الموالاة • والثاني : نعم ، لأنه تصرف بالملك • وعلى الأول : قيل : لا يزوجها القاضي أيضاً • وقال أبو إسحاق : يزوجها القاضي إذا أرادته والمهر للسيد ، وكذا يزوجها الحاكم إذا أراد السيد تزويجها ، وإن كرهت هي ، فتصير النفقة على الزوج قال أبو إسحاق : وهي أحق بحضانة الولد ما لم تتزوج ، فإذا تزوجت صار الأب أحق بالولد ، إلا أن يكون مميزاً فيخاف أن يفتنه عن دينه فلا يترك عنده •

قلت : الصحيح الذي عليه الجمهور : أنه لا حضانة لكافر على مسلم ، كما سبق في الحضانة ، ولا حضانة هنا للأب • **والله أعلم** •

فرع

في فتاوى القفال : أن العبد إذا أولد جارية ابنه الحر ، لا حد عليه، ويثبت النسب ، دون الاستيلاد ، لأنه ليس من أهل الملك ، وأن المكاتب إذا أولد جارية ابنه الحر ، فيحتمل أنه ينبني ثبوت الاستيلاد على الخلاف في أنه إذا أولد جارية نفسه ، هل يثبت ؟ وأن من وطىء جارية بيت المال ، يحد ، ولا نسب ، ولا استيلاد ، وسواء في هذا الغني والفقير ، لأنه لا يجب الإعفاف من بيت المال • وأنه لو أعتق مستولدته على مال ، يجوز • ولو باعها نفسها ، صح على الظاهر ، لأن بيع العبد نفسه ، إعتاق على الحقيقة •

فرع

إذا أولد جاريته المحرمة عليه بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، لزمه الحد في قول ، والتعزير على الأظهر • وعلى القولين يكون الولد حراً نسيباً ، وتصير هي مستولدة ، قال الأصحاب رحمهم الله : ولا يتصور

اجتماع هذه الأحكام ووجوب الحد إلا في هذه الصورة على أحـد القولين • واعلم أن أحكام المستولدة سبقت معرفة في أبوابها فتركنا إعادتهـا •

قال الإمام الرافعي رحمه الله : قد تيسر الفراغ من هذا الكتاب في ذي القعدة سنة ثلاث وعشرة وستمائة ، ونختم الكتاب بما بدأناه وهو حمد الله ذي الجلال والإكرام ، وولي الطول والإنعام ، والحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله ، اللهم صل على محمد وعلى آل محمد وسلم •

قلت : قد أحسن الإمام الرافعي رضي الله عنـه فيما حققه ، ولخصه ، وأتقنه ، واستوعبه في هذا الكتاب ، ويسر الاحتواء علـى متفرقات المذهب ، ونفائس خفاياه على المفتين والطلاب •

واعلم أيها الراغب في الخيرات ، والحريص على معرفة النفائس المحققات . وحل الغوامض والمشكلات ، والتبحر في معرفـة المذهب والوقوف على ما تعتمده من المصنفات ، وتعمد إليه عند نزول الفتاوى الغامضات ، وتثق به عند تعارض الآراء المضطربات ، وتحث على تحصيله من أردت نصحه من أولي الرغبات ، أنه لم يصنف في مذهب الشافعي رضي الله عنه ، ما يحصل لك مجموع ما ذكرته ، أكمل من كتاب الرافعي ذي التحقيقات ، بل اعتقادي واعتقاد كل مصنف ، أنه لم يوجد مثله في الكتب السابقات ولا المتأخرات ، فيما ذكرته من هذه المقاصد المهمات، وقد يسر الله الكريم ، وله الحمد في هذا المختصر مع ذلـك ، جملاً متكاثرات من الزوائد المتممات . والنوادر المستجادات ، وغير ذلك من المحاسن المطلوبات ، وأسأل الله الكريم أن يكثر النفع به لي ولوالدي ومشايخي وسائر أحبابنا المسلمين والمسلمات ، وحسبنا الله ونعم الوكيل،

لا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم • وقد رأيت ختم الكتاب بما ختم به الإمام أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري صحيحه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « كلمتان حبيبتان إلى الرحمن ، خفيفتان على اللسان،ثقيلتان في الميزان،سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم » • والحمد لله باطناً وظاهراً ، وأولاً وآخراً ، اللهم صل على محمد عبدك ورسولك ، النبي الأمي ، وعلى آل محمد ، وأزواجه ، وذريته ، كما صليت على ابراهيم ، وعلى آل ابراهيم ، وبارك على محمد ، وعلى آل محمد ، وأزواجه وذريته ، كما باركت على ابراهيم ، وعلى آل ابراهيم، في العالمين إنك حميد مجيد •

قال مختصره الإمام الزاهد العابد أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري النووي : فرغت منه يوم الأحد الخامس عشر من شهر ربيع الأول سنة تسع وستين وستمائة ولله الحمد •

غفر الله له ولوالديه ، ولمن نظر فيه ، ولصاحبه ، ولمن دعا لهم بالمغفرة ، ولجميع المسلمين •

آمين رب العالمين •

فهرس
الجزء الثاني عشر من الروضة

٣	**كتاب الدعوى والبينات**
٣	الباب الأول في الدعوى
٧	المسألة الثانية في حد المدعي والمدعى عليه
٨	فصل في حد الدعوى الصحيحة
٩	انواع الدعوى
١٩	الباب الثاني في جواب الدعوى
٢٠	فصل في مسائل الباب وهي ست
٢٨	فروع من كلام القاضي أبي سعد الهروي
٣١	الباب الثالث في اليمين
٣٦	فرع النظر في اليمين إلى القاضي المستحلف
٤٠	فرع هل للوكيل بالخصومة إقامة بينة على وكالته من غير حضور الخصم ؟!
٤٣	الباب الرابع في النكول
٥٠	الباب الخامس في البينة
٥٩	فرع متى تسمع بينة الداخل
٦١	فروع تتعلق بالبينة أكثرها عن ابن سريج
٦٥	فصل بينة المدعي لا توجب ثبوت الملك ، ولكنها تظهره
٦٧	الطرف الثاني في العقود
٧١	فرع في يده دار جاء اثنان يدعيانها
٧٥	الطرف الثالث في التداعي والتعارض في الموت والإرث
٨٢	من ادعى وراثة شخص وطلب تركته أو شيئاً منها ، فعليه بيان جهة الوراثة
٨٤	الطرف الرابع في العتق والوصية
٨٦	لا فرق في شهود العتق والوصية بين أن يكونوا أجانب أو من ورثة المشهود عليه .
٨٩	الباب السادس في مسائل منثورة تتعلق بأدب القضاء والشهادات والدعاوي

٩٣ فصل فيما جمع من فتاوى القفال وغيره
٩٧ فتاوى في الدعوى عن القاضي حسين
٩٨ فتاوى في الدعوى عن أبي إسحاق الشيرازي والغزالي والبغوي وابن القاص
١٠١ الباب السابع في دعوى النسب وإلحاق القائف
١٠١ صفات القائف
١٠٢ الولد الملحق
١٠٤ حكم الولد الملحق إذا تعذر وجود القائف أو تحير في أمره ، أو التحق بهما أو نفاه عنهما .
١٠٧ **كتاب العتق**
١٠٩ جواز تعليق العتق بالصفات والإعتاق على عوض
١١٠ الخصائص التي ينفرد بها العتق عن الطلاق خمسة
١٢٠ متى تثبت السراية إذا حكمنا بها ؟ ثلاثة أقوال
١٢١ عشر مسائل تتفرع على هذه الأقوال
١٤٠ يعتبر لمعرفة الثلث فيمن أعتقه منجزاً في المرض قيمة يوم الاعتاق .
١٤٥ الطرف الثاني في كيفية القرعة والتجربة المترتبة عليها
١٥١ فرع لو أعتق من لا دين عليه عبيداً لا مال له غيرهم . . .
١٥٦ فروع في مسائل منثورة
١٧٠ الخصيصة الخامسة الولاء
١٧٤ الطرف الثاني في حكم الولاء
١٨٢ فصل في مسائل منثورة تتعلق بكتاب العتق من الولاء وغيره
١٨٦ **كتاب التدبير**
١٨٧ معنى التدبير وأنه يصح مطلقاً
١٩٤ الباب الثاني في حكم التدبير
٢٠٢ الأمر الخامس جناية المدبر
٢٠٩ **كتاب الكتابة**
٢٠٩ أركان الكتابة أربعة الأول الصيغة
٢١١ الركن الثاني العوض

٢١٤ الركن الثالث السيد
٢٢٠ لا يشترط لصحة الكتابة اسلام السيد
٢٢٦ الركن الرابع المكاتب
٢٣١ الكتابة الباطلة والفاسدة
٢٣٣ تفارق الكتابة الفاسدة الصحيحة في أمور
٢٣٦ الباب الثاني في أحكام الكتابة الصحيحة وهي خمسة
٢٤٨ الحكم الثاني في الأداء وفيما يتعلق به مسائل
٢٥٤ المسألة الثالثة في تعذر تحصيل النجوم عند حلولها
٢٥٨ فروع تتعلق بالفسخ والانفساخ
٢٧١ فروع من التهذيب
٢٧٣ فرع في التقاص
٢٧٨ فصل في تصرفات المكاتب
٢٨٦ الحكم الرابع في ولد المكاتبة
٢٩٠ السيد ممنوع من وطء المكاتبة لاختلال ملكه
٣٠١ الحكم الخامس في جناية المكاتب والجناية عليه
٣٠٧ فصل في مسائل منثورة

٣١٠ كتاب أمهات الأولاد

٣١١ أولاد المستولدة إن كانوا من السيد أحرار
٣١٢ حكم ما إذا زنى رجل بأمة ، فأتت بولد من زنى ، ثم ملكها